Der Ersatz des entgangenen Gewinns.

Inauguraldissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Juristischen Fakultät der Philipps-Universität
zu Marburg
vorgelegt von

Heinz Rüggeberg
Gerichtsreferendar aus Berlin.

Quakenbrück 1928
Buchdruckerei C. Trute.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Manigk.
Als Dissertation von der Juristischen Fakultät angenommen
am 7. Juni 1928.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Gliederung:

A Schadenersatz im Allgemeinen.

B. Ersatz des entgangenen Gewinns

Teil I. Geschichtliche Wurzel und Entwicklung bis zum BGB.

I. Römisches Recht

1. Stellen in Corpus Juris, nach denen der entgangene Gewinn ersetzt werden mußte.

2. Stellen, die die Ersatzpflicht scheinbar verneinen.

3. Welcher entgangene Gewinn kommt zur Vergütung?

a. Entgangener Gewinn muß wirklich erweislich sein und darf nicht von Zufällen abhängen.

b. Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und Entgehen von Gewinn.

4. Ausfall und Herabsetzung der Ersatzpflicht.

a. l. un. C. 7,47

b. Zinseszins wurde nicht vergütet..

c. Der Verletzte durfte den Schaden nicht mitverursacht haben.

5. Einige Belegstellen, die obige Ansicht unterstützen.

II. Weitere Entwicklung.

1. Rezeption.

2. A.L.R. von 1794.

3. Allgemeines HGB von 1861 Art. 283.

Teil 2. Entstehungsgeschichte des § 252 BGB.

I. Erster Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches. 1887 mit Motiven (§ 218).

II. Zweiter Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches. 1895 mit Protokollen.

Literatur-Verzeichnis:

1. **Arndts:** Lehrbuch der Pandekten. München 1868.
2. **Cohnfeld:** Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht. Leipzig 1865.
3 **Corpus Juris Civilis**: Ausgabe von Krigelius, Hermann und und Osenbrüggen. Leipzig 1843.
4. **Cosack:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I, Jena 1903
5. **Crome:** System des Bürgerlichen Rechts. Band II, Tübingen und Leipzig 1902.
6. **Dernburg:** Lehrbuch der Pandekten. Berlin 1900.
7. **Dernburg:** Das Bürgerliche Recht des Reichs und Preußens. Band II, Teil 1: Die Schuldverhältnisse. Halle 1899-1909.
8. **Donellus:** Commentarius juris civilis, lib. XXVI, Hannover 1612.
9. **Endemann:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I Berlin 1903.
10. **Enneccerus-Kipp-Wolff:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9.—11. Aufl. Marburg 1914.
11. **Enneccerus-Kipp-Wolff:** Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 23.—27. Aufl. Marburg 1927.
12. Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
13. Entscheidungen des Reichsgerichts.
14. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
15. **Hans Albrecht Fischer:** Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. In „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs" Jena 1903.
16. **Fischer-Henle:** Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuchs. München 1927.
17. **Fromherz:** Ein Beitrag zur Lehre von der Verursachung vom Standpunkt der deutschen Rechtsprechung. Im „Archiv für die zivilistische Praxis" Band 110, Jahrg. 1913.
18. **Glück:** Erläuterungen der Pandekten. Band IV. Erlangen 1796.

19. **Hänel:** Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre von Schadensersatz nach dem heutigen und römischen Recht. Leipzig 1828.

20. **Heumann:** Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. Jena 1857.

21. **Kommentar von Reichsgerichtsräten.** Band I, Berlin und Leipzig 1928.

22. **Kuhlenbeck:** Von den Pandekten zum BGB. Band II, Berlin 1899.

23. **v. Madai:** Die Lehre von der mora. Halle 1837.

24. **Manigk:** „Interesse" im Handwörterbuch der Rechtwissenschaft, Berlin und Leipzig 1928.

25. **Mommsen:** Beiträge zum Obligationenrecht, Band II. „Zur Lehre vom Interesse".

26. **Motive zum ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.** Berlin und Leipzig 1888.

27. **Mühlenbruch:** Lehrbuch des Pandektenrechts. Halle 1837/38.

28. **Neumann:** Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I. Berlin 1909.

29. **Nußbaumer:** Ueber das Maß des Schadensersatzes. Jur. Diss. Zürich 1855.

30. **Oertmann:** Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1910.

31. **Oertmann:** Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht Berlin 1901.

32. **Planck:** Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Band II, 1. Hälfte, 4. Aufl. Berlin 1914.

33. **Planck:** Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 1. und 2. Auflage. Berlin 1900.

34. **Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerl. Gesetzbuches.** Berlin 1898.

35. **Puchta:** Lehrbuch des Pandektenrechts. Leipzig 1877.

36. **Rümelin:** Die Verwendung des Kausalbegriffs im Straf- und Zivilrecht. Im „Archiv für die zivilistische Praxis" Band 90. Tübingen 1900.

37. **v. Savigny:** Das Recht des Besitzes. Gießen 1827.

38. **Schollmeyer:** Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Band II, 1. Hälfte. München 1900.

39. **Sell:** „Ueber die Vorschrift des Kaisers Justinian, daß das Interesse in allen Fällen, qui certam habent quantitatem vel naturam, das duplum nicht übersteigen dürfe, in Verbindung mit dem gesetzlichen Verbot der Zinsen supra duplum, oder ultra alterum tantum" in Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts. Band I. Braunschweig 1841.

40. **Sintenis:** Gemeines Zivilrecht. Band II. Leipzig 1861.
41. **Staub:** Kommentar zum Allg. Deutschen Handels-Gesetzbuch. Berlin 1896.
42. **Staudinger:** Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. 7.—8. Aufl. Band II. Teil 1. München und Berlin 1912.
43. **Stöhr:** Der Ersatz des entgangenen Gewinns nach gemeinem Recht und dem Bürgl. Gesetzbuch. Jur. Diss. Marburg 1899.
44. **Traeger:** Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.
45. **Traeger:** Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1913.
46. **Ude:** Ueber die l. unica C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur. VII, 47. Im „Archiv für die zivilistische Praxis". Band 57.
47. **v. Vangerow:** Lehrbuch der Pandekten. Marburg und Leipzig 1869.
48. **v. Wening-Ingenheim:** Die Lehre vom Schadensersatz nach römischem Recht. Heidelberg 1841.
49. **Windscheid:** Lehrbuch des Pandektenrechts. Band II. Frankfurt a. M. 1882.
50. **Windscheid:** Ueber Mommsens „Beiträge zum Obligationenrecht". Band II. In „Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft". Heidelberg 1855.
51. **Wolff:** Zur Lehre von der mora. Göttingen 1841.

A. Schadensersatz im allgemeinen.

Wird durch eine menschliche Handlung (Tun oder relevantes Unterlassen[1]) die Schädigung eines anderen an Vermögen, Leib, Leben, Gesundheit, Ehre, Kredit, Fortkommen, Erwerbsfähigkeit[2]) herbeigeführt, so hat derjenige, der für diese Handlung verantwortlich ist, den Schaden zu ersetzen. Unter „Schaden" versteht man zweierlei: einmal umfaßt dieser Begriff eine wirkliche Schädigung des Vermögens oder eines anderen geschützten Gutes[3]) einer bestimmten Person, zum andern aber auch die Verhinderung der Möglichkeit, das bestehende Vermögen zu vergrößern. Man spricht im letzteren Fall davon, daß ein „Gewinn entgangen" ist. Das oberste Prinzip des heute geltenden Rechts in dieser Frage ist die Verpflichtung zur Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn die zum Schadensersatz verpflichtende Tatsache nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB). Nur soweit diese Herstellung nicht möglich oder zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreichend ist, hat der Schuldner Ersatz in Geld zu leisten. (§ 251). Nach § 252 umfaßt der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn. Ehe auf die näheren Einzelheiten des heute geltenden Rechts eingegangen wird, wird es von Vorteil sein, zunächst die geschichtliche Grundlage und weitere Entwicklung, die für uns in § 252 BGB ihren Abschluß gefunden hat, klar zu legen.

B. Ersatz des entgangenen Gewinns. Teil I. Geschichtliche Wurzel und Entwickelung bis zum BGB I. Römisches Recht.

In früherer Zeit bis zum gemeinen Recht nannte man die Lehre vom Schadensersatz die „Lehre vom Interesse", da in den alten Quellen dauernd vom Interesse geredet wird, wenn Schaden gemeint ist. Die Bezeichnung hierfür ist: id quod interest, quanti interest oder auch damnum und utilitas. Das Wort Interesse im alten römisch-rechtlichen Sinn hat im Laufe der Zeit eine dauernde Entwicklung durchgemacht. Das römische Interesse — im römischen Recht liegt die Wurzel dieser ganzen

---

[1]) Traeger „Unterlassungsdelikte" S. 21.
[2]) Enneccerus S. 27.
[3]) vergl. Anm. 2.

Lehre[4]) — hat recht verschiedene Bedeutungen gehabt und man verstand darunter, ganz allgemein ausgedrückt, den Unterschied zwischen zwei Größen. Dieser Unterschied konnte in dem Verhältnis einer Person zu einer Sache bestehen oder auch in dem Anteil —, den jemand an einem Gegenstand nimmt. Die klassische Jurisprudenz entwickelte diesen Begriff weiter fort zu dem rechtlichen Wert, den ein Gegenstand für eine Person hat. Diese Auffassung deutet schon auf das heutige Recht hin: das Interesse wird zum Gegenstand eines rechtlichen Anspruchs[5]). Mit Manigk[6]) ist hieraus die logische Folge zu ziehen: ein rechtlicher Anspruch, der darauf gestützt wird, daß eine Differenz entstanden ist, ist ein Schadenersatzanspruch; die Differenz muß nur auf das schädigende Verhalten eines Menschen zurückzuführen sein. In diesem Sinn von Schadensersatz versteht das heutige Recht das Wort Interesse; man denke nur an §§ 268, 287, 893 Z. P. O., d. h. mit anderen Worten: man versteht heute unter Interesse ganz allgemein „Die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen einer Person, wie sich dasselbe nach einem beschädigenden Ereignis darstellt und dem Betrage, zu welchem dieses Vermögen sich ohne die Dazwischenkunft dieses Ereignisses belaufen haben würde“.[7]).

Früher faßte man in die Definition des Begriffs „Interesse“ auch die Gründe, die zum Schadenersatz verpflichteten mit ein. Dies gehört jedoch nicht in eine Definition, wird wohl auch in kurzer und doch erschöpfender Weise kaum möglich sein. Glück[8]) setzt seiner Definition die Worte hinzu (statt „beschädigendes Ereignis“) „die unrechtmäßige entweder vorsätzliche oder unvorsichtige Handlung eines anderen.“ Von dieser Art der Definition ist man jedoch seit Mitte des vorigen Jahrhunderts abgegangen und hat sich ganz allgemein obiger Fassung angeschlossen[9])[10]).

Im Corpus Juris Justinians finden sich auf der einen Seite Stellen, die das gesamte Interesse — also auch den entgangenen Gewinn — ersetzen und auf der anderen Seite auch solche, die die Ersatzpflicht ganz zu verneinen oder teilweise einzuschränken scheinen. Auf diese Stellen soll näher eingegangen werden und es soll Aufgabe des ersten Teils dieser Arbeit sein, nachzuweisen, daß der entgangene Gewinn im römischen Recht stets und in

---

[4]) vergl. Manigk a. a. O. Seite 297.

[5]) vergl. zu dieser Frage Manigk a. a. O. Seite 297.

[6]) a. a. O. Seite 299.

[7]) Puchta a. a. O. S. 343, Mommsen a. a. O. S. 2, Arndts a. a. O. S. 323, ähnlich auch Manigk a. a. O. S. 299.

[8]) Glück II S. 432.

[9]) Mommsen a. a. O. S. 2, Puchta a. a. O. S. 343, Windscheid S. 33, Arndts S. 323.

[10]) Das Gesagte mag hier, da es nur zur Aufgabe dieser Arbeit überleiten soll, genügen.

vollem Umfang ersetzt werden mußte, wenn überhaupt die Voraussetzungen, die ähnlich wie heute auch damals vorliegen mußten, alle nachgewiesen wurden.

Schon das Grundprinzip der Verpflichtung zum Ersatz des entgangenen Gewinns ist in der Literatur stark umstritten.

1. Stellen im Corpus Juris, die entgangenen Gewinn ersetzen.

Klar und unzweideutig nimmt Ulpian in der l.2 § 11 D. 43, 8 zu unserer Frage Stellung. Er sagt:

damnum autem pati videtur, qui „commodum" amittit."

Hier und in der l.21 § 2 D. 4,2 [11]), die vom Ersatz der Früchte handelt, ist die Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn als gleichberechtigt neben der für positiven Schaden anerkannt; wenn jemand daran gehindert wird, Früchte zu ziehen, so entgeht ihm doch sicher ein Gewinn. Nicht anderes sagt auch Paulus in der l.13 pr. D. 46,8:

„in tantum competit, in quantum mea interfuit: id est, quatum mihi abest, quantumque „lucrari potui".

Im Corpus Juris läßt sich noch eine ganze Anzahl weiterer Stellen [12]) finden, die in der Entscheidung denselben Sinn vertreten, wie die eben zitierten. In der l.33 D. 19,2 sagt Africanus:

„tantum ei praestabis, quanti eius interfuit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur".

Eine weitere Belegstelle findet sich in der l.4 C. 4,49: nach Abschluß eines Kaufvertrages wird die verkaufte Sache durch die Frechheit des Verkäufers nicht übergeben. Der Statthalter der Provinz soll dafür Sorge tragen, daß der Verkäufer in soviel verurteilt wird, als sich das Interesse des Käufers an der Erfüllung des Vertrages belief. [13]) Noch eine Stelle, die dieselbe Entscheidung enhält, sei hier angeführt; l.1 pr. D. 19,1. Hier sagt Ulpian:

„si res vendita non tradatur, in id, quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris."

Trotz dieser Stellen, durch die das Prinzip der Verpflichtung zum Ersatz des entgangenen Gewinns klipp und klar aufgestellt ist, hat man diesen Satz bestritten und zwar mit Rücksicht auf die folgenden Stellen des Corpus Juris.

2. Stellen des Corpus Juris, die Ersatz des entgangenen Gewinns zu versagen scheinen.

Zunächst wird als Beleg für die Gegenmeinung, die besagt, daß kein Ersatz für entgangenen Gewin geleistet zu werden

[11]) abest autem nuda possessio cum suis fructibus.

[12]) l. un. C. 7,47; l. 19 D. 22,1; l. 1 § 41 D. 43,16; l. 7 C. 5,51.

[13]) Uebersetzung der zitierten lex. Ganz ähnlich auch l. 10, l. 12 C. 4,49.

brauchte, die l.26 D. 39,2 angeführt. Die angeführte Meinung ist heute jedoch schon von fast allen Schriftstellern widerlegt [14]). Der Fall ist hier der, ein Grundstück verliert an Wert, weil ein Nachbar sein Haus übermäßig dicht an das eines anderen heranbaut. Hier handelt es sich gar nicht um einen entgangenen Gewinn, vielleicht in der Art, daß der Eigentümer bei einem Verkauf des Grundstücks nur einen geringeren Kaufpreis erzielen kann, sondern um einen positiven Schaden; das Grundstück als solches verliert an Wert. Der Eigentümer kann für diesen Schaden jedoch keinen Ersatz verlangen, da er kein Recht hat, dem Nachbar das Bauen zu verbieten; es liegt keine rechtswidrige Handlung vor. Dieser Fall ist also durchaus nicht geeignet, als Beweis dafür angeführt zu werden, daß der entgangene Gewinn nach römischem Recht nicht ersetzt zu werden brauchte. Einen ganz ähnlichen Fall behandelt auch die l.1 § 21 D. 39,3 Diese Stelle ist jedoch durch das eben Gesagte ebenfalls als widerlegt anzusehen.

Auch die l.6 D. 39,2 wird oft angeführt, — jedoch mit ebensowenig Erfolg: derjenige, der Schadenersatz verlangt, hat kein Recht darauf, da der andere ihm den Vorteil auf Grund eines bestimmten, ihm zustehenden Rechts entzog. „Man kann ja nicht verlangen, daß ein anderer uns nütze, wenn wir keinen rechtlichen Anspruch darauf haben!" [15])

Die l.21 § 3 D. 19,1 und ebenso l.19 D. 18,6 scheinen die Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn zu versagen. Im letzteren Falle sagt Hermogenian:

> „venditori, si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabis non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quaerere potuit."

Der Gläubiger muß sich demgemäß mit den landesüblichen Zinsen begnügen. Auch diese Stelle kann m. E. für unsere Frage nicht in Betracht kommen. Die Ersatzpflicht des entgangenen Gewinns ist nicht prinzipiell ausgeschlossen, sondern nur aus dem Grund, weil das Entgehen von Gewinn in diesem Fall nicht bewiesen werden kann. Dann ist auch die ganze Entscheidung richtig, denn auf bloße Mutmaßungen hin können Ansprüche nicht gestellt werden. Auch Mommsen [16]) sieht diese Stelle nicht als ausschlaggebend an.

Aus dieser Stelle und der l.21 D. 18,4 haben andere Schriftsteller [17]) das Prinzip herausgelesen, daß der entgangene Ge-

---

[14]) Mommsen S. 135; Cohnfeld S. 93; v. Wening-Jngenheim S. 287; Nußbaumer S. 13 u. a. m.

[15]) v. Wening-Jngenheim S. 288.

[16]) a. a. O. S. 135, Anm. 28.

[17]) Wolff a. a. O. S. 449; Hänel S. 99.

winn aus Kaufverträgen nicht ersetzt zu werden brauchte. Auf diese Ansicht ist m. E. nicht näher einzugehen, da ein ausdrückliches Quellenzeugnis ihr entgegensteht und zwar ist dies die l.1 pr. D. 19,1:

„si res vendita non tradatur, in id, quod interest agitur hoc est, quod rem habere interest emtoris."

Man sieht, daß hier auch aus Kaufverträgen das gesamte Interesse zu ersetzen ist.

Nach einer weiteren Ansicht [18]) ist in der zitierten lex eine Ausnahme für Geldschulden zu erblicken. Auch dieser Ansicht steht ein Quellenzeugnis entgegen und zwar die l.2 § 8 D. 13,4. Diese Stelle gewährt in weitestem Umfange Ersatz für entgangenen Gewinn. Ulpian sagt:

„quid si merces solebat comparare an et lucri ratio habeatur, an solius damni? Puto et lucro habendam rationem."

Der Fall ist der: ein Gläubiger verlangt Schadensersatz, weil der Schuldner ihm das ihn Ephesus zurückzahlbare Geld am Fälligkeitstage vorenthielt. Er verlangt also mehr als die landesüblichen Zinsen. Er kann dies tun, da er den Nachweis erbringen kann, daß er mit dem rechtzeitig zurückgezahlten Geld einen die Zinsen übersteigenden Gewinn gemacht haben würde. Daß dieser Nachweis zu erbringen war, darauf deuten die Worte: „solebat comparare" hin. [19]).

Ein solcher Nachweis ist auch unbedingt zu fordern, mag er auch manchmal mit Schwierigkeiten verbunden sein; hier ist er dadurch erleichtert, daß ein besonderer Ort für die Rückzahlung des geliehenen Geldes vereinbart war.

Die Folgerung, die wir aus dem Gesagten ziehen müssen, ist die, daß auch Handelsgewinn ersetzt werden mußte, wenn das Entgehen desselben überhaupt nachzuweisen war. [20])

Noch eine Stelle sei hier angeführt: l.71 § 1 D. 47,2. Auch der Wortlaut dieser Stelle scheint gegen die hier vertretene Ansicht zu sprechen. Javolen spricht dem pro herede possessor die actio furti ab, da ihm nur ein Gewinn entgangen ist und sagt dann:

„interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset."

---

[18]) v. Madai a. a. O. S. 383; Mühlenbruch a. a. O. Seite 367.

[19]) Glück S. 442.

[20]) Von Bedeutung ist hier auch der Reichsdeputationsabschied von 1600 § 139: hier wird dem Kläger der Beweis des Interesses erlassen, sobald er sich mit 5 Prozent Zinsen begnügen will. Außerdem kommt aber auch ein höheres Interesse zur Vergütung, wenn der Beweis dafür zu erbringen ist. Vergl. v. Wening-Ingenheim S. 212. Es wird hier also nicht Neues verordnet, sondern richtige Anwendung von römischem Recht gebracht.

Aber „man braucht diese Stelle nur einigermaßen aufmerksam in ihrem vollen Zusammenhang aufzufassen, um sich zu überzeugen, daß dieselbe im Grunde unsere Frage gar nicht berührt“.[21]) Es wird in dieser Stelle nicht das Vorliegen des Interesses als solches verneint, sondern nur des Interesses, wie es zur Erhebung der actio furti nötig ist[22]). Diese Klage steht dem pro herede possessor nicht zu, da er ja durch den Diebstahl nichts verliert. Wenn er auch die Sache ersitzen kann, so erleidet er doch keinen wirklichen Schaden, da er kein besonderes Recht auf Ersitzung hat. Vor Vollendung der Ersitzung gibt es für ihn also auch keine actio furti[23]). Es ist ersichtlich, daß auch diese Stelle nicht geeignet ist, die hier vertretene Ansicht zu entkräften. Ein positives gibt uns die zitierte lex jedoch und zwar das, daß einer Klage auf Ersatz von entgangenem Gewinn nur dann stattgegeben wird, wenn eine honesta causa diese rechtfertigt. Der oben angeführte Schlußsatz darf also nicht allgemein aufgefaßt werden, sondern nur in spezieller Beziehung auf die actio furti.

Als Ergebnis aus dem oben angeführten, halten wir fest, daß alle diese Stellen die unter 1) dargetane Ansicht nicht entkräften können, daß also der Grundsatz der römisch-rechtlichen Verpflichtung zum Ersatz des entgangenen Gewinns — wenn die Voraussetzungen dafür überhaupt vorlagen — nicht mit Erfolg bekämpft werden kann.

3. Welcher Gewinn kommt zur Vergütung?

Es ist im folgenden weiter zu fragen: Welcher entgangene Gewinn wurde in Rom ersetzt? Es finden sich im Corpus Juris verschiedene Stellen, die besondere Erfordernisse als Beantwortung dieser Frage aufstellen.

Schon die angeführte l.19 D. 18,6 führte uns zu der Feststellung, daß der Gewinn, wenn er zur Vergütung kommen soll, wirklich erweislich sein muß und nicht von Zufällen abhängen darf. Dieser Grundsatz wird uns weiter beschäftigen.

Das eben genannte Erfordernis ist in den Digesten klar hervorgehoben in der l.29 § 3 D. 9,2: Einem Fischer sind durch die Schiffe anderer die ausgelegten Netze zerrissen worden und er verlangt Schadenersatz. Ulpian versagt dem Fischer den Ersatz des entgangenen Fischzugs. Auch diese Stelle ist für die Meinung angeführt worden, daß im römischen Recht prinzipiell der entgangene Gewinn nicht ersetzt zu werden brauchte, denn um einen solchen handelt es sich beim Verlust des Fischzugs. Ulpian gibt selbst den Grund für seine Entscheidung an: Kein Ersatz für diesen entgangenen Gewinn „quum incertum fuit, an caperentur“. Also: der Fischer kann nicht beweisen, daß er überhaupt Fische gefangen haben würde und vor allem nicht wieviel. Es

---

[21]) v. Vangerow, S. 41.
[22]) so auch v. Savigny: Besitz S. 538.
[23]) auch Cohnfeld S. 94.

entspricht dem so stark ausgeprägten Gerechtigkeitsgefühl der Römer, daß ein solcher unsicherer Verlust keine Klage auf Schadensersatz begründete. Daß der Fischer für das Zerreißen seiner Netze Schadensersatz verlangen kann und auch erhalten muß, ist klar, denn hier ist der Beweis leicht zu erbringen. Zu gleicher Entscheidung dieser Frage kommt auch Mommsen[24]) und mit ihm die Mehrzahl der Schriftsteller. Diese Entscheidung ist wohl auch kaum zu bestreiten, denn es ist ein Unding, dort Ersatz zu verlangen, wo kein bestimmter Schaden nachgewiesen werden kann. Mommsen[25]) bezweifelt jedoch mit vollem Recht, ob im gegebenen Sachverhalt dieser Beweis bis zu einem gewissen Umfang nicht doch zu erbringen ist, denn an Hand einer Schätzung würde sich wohl der Ertrag eines normalen Fischzuges feststellen lassen. Ob also insoweit die angezogene Entscheidung richtig ist, mag dahingestellt sein bleiben; das steht hier auch nicht zur kritischen Würdigung, denn nicht die einzelne Entscheidung interessiert hier, sondern nur der Rechtssatz, der den einzelnen Entscheidungen zu Grunde liegt[26]). Diese Stelle beweist für uns den oben aufgestellten Satz, daß nur der Gewinn ersetzt zu werden brauchte, der mit Bestimmtheit oder einer gewissen Wahrscheinlichkeit bewiesen werden konnte.

Auch die zitierte l.21 § 3 D. 19,1 und l.19 D. 18,6 sind unter diesem Gesichtspunkt zu betrachten. Auch hier ist, wie oben schon gesagt, der Ersatz des entgangenen Gewinns versagt, da die Erwartung, daß ein Gewinn gemacht würde, ganz ungewiß ist und ein klarer Beweis nicht erbracht werden kann.

Es ist jedoch hervorzuheben, daß für diesen geforderten Beweis keine absolute Gewißheit verlangt werden kann, daß es vielmehr genügt, wenn der Gewinn mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Auch diesen Satz belegen verschiedene Stellen des Corpus Juris.

Als wahrscheinlich ist das Erlangen eines Gewinns dann anzusehen, wenn außerordentliche Ereignisse eintreten müßten, um ihn zu verhindern. Diese Ereignisse sind dann die, die zum Ersatz verpflichten. Damit ist gesagt, daß in solchen Fällen kein Ersatz des entgangenen Gewinns stattfindet, in denen ein solcher nur vermutet und durch keinerlei objektive Momente gestützt wird. Ein Digestenbeispiel wurde schon angeführt: l.29 § 3 D. 9,2, wo Ulpian wegen der Zerstörung von Fischernetzen die actio legis Aquiliae gibt, nicht jedoch für den Verlust des Fischzugs und wir hatten das damit erklärt, daß kein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit für den Fischzug bzw. dessen Größe bewiesen werden konnte.

---

[24]) a. a. O. S. 190.

[25]) a. a. O. S. 191; so auch Kuhlenbeck a. a. O. S. 127.

[26]) so auch Mommsen, S. 191.

Im Gegensatz dazu stehen die Fälle, in denen der Gewinn eingetreten wäre, ohne daß der Erwerbende einen Handschlag dazu zu tun braucht. Wenn dieser feststehende Gewinn durch die schädigende Handlung eines anderen hintertrieben wird, so ist es selbstverständlich, daß für diesen entgangenen Gewinn Schadensersatz zu leisten ist. Hierher gehören die Fälle, in denen eine Sache durch Preissteigerung einen höheren Wert bekommt; dieser Gewinn würde also „nobis ignorantibus et invitis" — so die l. 3 J. 2,9 — gemacht werden. Stöhr[27]) weist auf einen Einwand hin, der hier gemacht werden könnte. Es besteht die Möglichkeit, daß im angeführten Fall der Gewinn auch ohne das Dazwischentreten des schädigenden Ereignisses entgehen konnte, wenn z. B. die Sache vor der Preissteigerung verkauft worden wäre. Aber mit Recht sagt Stöhr, daß ein solcher Beweis — und bewiesen müßte diese Einwendung noch werden — kaum jemals zu erbringen sein würde.

Weiter eine Gruppe von Fällen, in denen der Beweis der Erlangung des Gewinns erleichtert wird. In gewissen Fällen wird man die Vermutung aufstellen können, daß ein Gewinn ohne das schädigende Ereignis gemacht worden wäre, wenn nämlich das Ausnutzen der Gelegenheit zur Erlangung des Gewinns von keinem diligens homo ausgelassen worden wäre. Hierher gehören vor allem die Beispiele der Pandekten, in denen erzählt wird von einem Sklaven, der zum Erben eingesetzt und vor endgültiger Erlangung der Erbschaft getötet oder gestohlen wird. In einem solchen Fall[28]) muß Ersatz geleistet werden nicht nur für den Verlust des Sklaven, sondern auch für den Wert der entgangenen Erbschaft. Der Sklave erwirbt als rechtloser Mensch die Erbschaft — wenn er noch lebte — für seinen Herrn. Deshalb geht dem Herrn mit dem Tode des Sklaven auch die Erbschaft verloren. Voraussetzung für den Ersatzanspruch ist jedoch, daß die Tötung bzw. Entwendung des Sklaven nach dem Tode des Erblassers erfolgt ist, da der Erbe die Erbschaft zu Lebzeiten angetreten haben muß[29]). Bei einer Tötung des Sklaven vor dem Tode des Erblassers bestehen zuviel Möglichkeiten, daß die Erbschaft auf andere Weise noch verloren gehen könnte, z. B. durch eine Willensänderung des Erblassers. Eine solche unbestimmte Möglichkeit kann nicht genügen, um eine Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn zu rechtfertigen. Nach dem Ableben des Erblassers liegt das Erlangen der Erbschaft ganz in der Hand des Herrn, denn er kann den Sklaven jederzeit zu Antritt und Annahme zwingen. Das wichtigste Mittel zur Erlangung der Erb-

---

[27]) a. a. O. S. 11.

[28]) l. 23 D. 9,2; vgl. auch Glück a. a. O. S. 442 Anm. 35; Nußbaumer S. 12 Anm. 1.

[29]) vgl. l. 23 § 2 D. 9,2: „post mortem testatoris". So auch l. 3 J. 3,9.

schaft ist das Besitzen des zum Erben eingesetzten Sklaven und die Möglichkeit des Erlangens der Erbschaft für den Herrn wird zur Bestimmtheit, wenn man bedenkt, daß er niemals ein Mittel auslassen wird, um für sich einen Gewinn zu erzielen. Damit sind die Entscheidungen der römischen Juristen in den Digesten gerechtfertigt, die besagen, daß derjenige, der einen zum Erben eingesetzten Sklaven tötet oder entwendet, vollen Ersatz zu leisten hat nicht nur für den Wert des Sklaven, sondern auch für den Verlust der Erbschaft — als entgangenen Gewinn.

Eine andere Gruppe von Fällen im Corpus Juris setzt eine etwas weitergehende Tätigkeit zur Erlangung von Gewinn voraus, es sind die, die vom Ersatz von Früchten handeln. Auch hier wird der Nachweis, daß ein Gewinn gemacht worden wäre, erleichtert durch die Vermutung, daß jeder diligens homo ohne das Dazwischentreten des schädigenden Ereignisses den Gewinn gezogen haben würde. Wenn also alle anderen Voraussetzungen zur Erlangung eines Gewinns vorlagen, so genügt das zur Erhebung einer Schadensersatzklage, da vermutet wird, daß der Geschädigte diese Gelegenheit als diligens homo auch ausgenutzt haben würde.

Besonders klar und deutlich wird dieses Erzielenkönnen von Früchten im Gegensatz gebracht zu den wirklich Erzielten in der 1.62 § 1 D. 6,1.[30]) Papinian sagt hier: Wenn die Frage entsteht, welche Früchte (für die Ersatzpflicht) in Anschlag zu bringen sind, so ist nicht danach zu fragen, ob der malae fidei possessor sie gezogen haben würde, sondern ob der gutgläubige Besitzer sie hätte ziehen können, wenn er im Besitz gewesen wäre. Diese Meinung billigt auch Julian[31]). Es ist ganz unmöglich, nachzuweisen, daß dieser erhoffte Gewinn auch tatsächlich ohne das schädigende Ereignis gemacht worden wäre, denn das „würde ein Schauen in die Zukunft voraussetzen„[32]), das Menschen nicht gegeben ist. Man muß sich also wohl oder übel mit der oben erläuterten Vermutung zufrieden geben.

Ganz ähnlich ist eine andere Gruppe von Fällen gelagert, in denen bei der Körperverletzung eines Menschen neben den Kosten für die Heilung auch Ersatz für dasjenige verlangt werden kann, was der Verletzte infolge seiner Verletzung nicht verdienen konnte. Auch hier ist der strenge Beweis nicht von nöten, daß der Verletzte auch wirklich einen Arbeitgeber gefunden haben würde und daß er seine Arbeitskraft überhaupt auszunutzen Gelegenheit hatte. So sagt Gajus[33]):

---

[30]) vgl. auch l. 18, l. 24 § 4 D. 19,2 und l. 19 pr. D. 19,2. So auch Stöhr S. 14.

[31]) Diese Stelle in freier Uebersetzung.

[32]) Stöhr a. a. O. S. 15.

[33] l. ult. D. 9,3. Ganz analog in der Entscheidung auch l. 3 D. 9,1; l. 7 pr. D. 9,2; § 1 J. 4,5 (letzter Satz fast wörtlich wie oben).

„Quum liberi nominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, judex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt: praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id. puod inutilis factus est."

b. Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und Verlust von Gewinn, der ohne dieses gemacht worden wäre.

Es ist die logische Folge eines jeden Rechtssystems, daß man nur für den Schaden verantwortlich gemacht werden kann, den man selbst verursacht hat. Das galt und gilt im selben Maße für positiven Schaden wie für entgangenen Gewinn. Was heißt nun verursachen? Der rechtswidrige Zustand muß eine wirkliche Folge der zum Ersatz verpflichtenden Tatsache sein; hierbei ist zu betonen, daß der eingetretene Schaden nicht wie das früher behauptet worden ist, die alleinige, notwendige oder unvermeidliche Folge sein mußte. Mommsen (S. 165) sagt, daß „diese Ansicht auf eine Verkennung des Wesens des Kausalnexus beruht." Und das ist richtig. Für eine derartige Ansicht lassen sich im Corpus Juris keinerlei Belegstellen finden. Auch die Unvermeidlichkeit ist von den Römern nicht gefordert worden, denn die Fragen, ob der Schaden wirklich unvermeidlich gewesen ist oder durch größtmöglichste Sorgfalt des Geschädigten vermieden werden konnte, sind voneinander völlig verschieden. Für das damnum emergens[2]) wird ein solcher ursächlicher Zusammenhang leicht nachzuweisen sein, besonders wenn nur e i n e Handlung vorliegt, schwieriger ist dies schon beim lucrum cessans. Aber auch hier bietet diese Frage keine allzu großen Hindernisse, da hier die unter a) erläuterte Vermutung hilft. Es genügt also zur Annahme des Kausalzusammenhangs, wenn die Erlangung von Gewinn unterbunden wird durch eine rechtswidrige Handlung und dieser Gewinn den getroffenen Maßnahmen entsprechend mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Treten nun aber hier mehrere Tatsachen zusammen, so wird der Nachweis ungleich schwieriger. Als erstes Beispiel[3]) sei hier die Ansicht des Celsus in der l. 11 § 3 D. 9,2 genannt. Derjenige, der einen Sklaven tötlich verwundet hat, haftet nicht „de occiso servo", wenn dieser selbe Sklave hinterher noch einmal verletzt wird und an dieser zweiten Wunde unmittelbar stirbt. Hierbei steht fest, daß der Sklave auch infolge der ersten Verletzung — wenn auch später — gestorben wäre. Der erste haftet nicht als Tötender, sondern als Verwundender.

---

[1]) Mommsen a. a. O. S. 164.

[2]) Die Ausdrücke „damnum emergens" und „lucrum cessans" stammen nicht aus den Quellen, sondern sind später geschaffen worden.

[3]) So auch l. 15 § 1 D. 9,2.

Ein allgemeiner Grundsatz für eine solche Entscheidung läßt sich kaum aufstellen, vielmehr muß von Fall zu Fall unter Berücksichtigung des im Leben gewöhnlichen Verlaufs das Urteil getroffen werden. Es muß also stets festgestellt werden, welche von den Tatsachen die wirkliche „Ursache" des Schadens geworden ist. Dies ist als oberster Grundsatz festzuhalten. Denn kein Mensch kann für eine Tatsache haftbar gemacht werden, die nicht aus seiner eigenen, sondern einer anderen Ursache hervorgegangen ist. Fälle dieser Art sind in den Quellen zahlreich vorhanden, aber fast ausnahmslos an Beispielen von positivem Schaden erläutert, obwohl diese Grundsätze in gleicher Weise auch für den entgangenen Gewinn gelten [4]). Man wird sich im folgenden also mit sochen Beispielen begnügen müssen. In diesen Fällen ist das Schwierige der Nachweis, wer von den Mehreren den entstandenen Schaden zu vertreten hat.

Als obersten Grundsatz dieser Art von Fällen halten wir fest, daß einem Ereignis nur das als Folge zuzurechnen ist, was unmittelbar aus ihm selbst entspringt. Dieser Satz entspricht dem Wesen der Kausalität und dabei, wie das in jedem guten Recht der Fall sein soll, dem natürlichen Gerechtigkeitsgefühl. Daraus folgt, daß in den Fällen keine Haftung eintritt, in denen zu einer rechtsverletzenden Tatsache eine zweite hinzutritt, die den Erfolg nun ihrerseits unmittelbar herbeiführt, und zwar gilt dies, wie Stöhr [5]) mit Recht hervorhebt, auch dann, wenn die zweite Reihe von Ereignissen infolge der ersten Handlung erst ins Leben gerufen worden ist. Man spricht heute in solchen Fällen von Unterbrechung des Kausalzusammenhanges [6]). Vergleichen wir die Entscheidung der oben zitierten l.11 § 3 D. 9,2 mit dem hier Gesagten, so finden wir, daß diese Stelle das erste Beweismittel für die aufgestellten Sätze ist.

In der Literatur ist diese Ansicht nicht überall anerkannt: So bestreitet Mommsen [7]), daß man eine solche Behauptung aufstellen könnte und zwar besonders für den Fall, daß zu der zum Schadensersatz eigentlich verpflichtenden Handlung die culpa eines anderen hinzutritt und diese die ausschlaggebende ist. Mommsen verlangt, daß der eingetretene Schaden nicht der zweiten Handlung zugeschrieben wird, sondern allein der ersten, da ja die zweite durch die erste ins Leben getreten ist. Er stützt seine Ansicht auf zwei Quellenstellen [8]). Gajus sagt:

„. . . si quasi amicos ad coenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum

---

[4]) Stöhr a. a. O. S. 22.

[5]) a. a. O. S. 22.

[6]) vergl. Staudinger a. a. O. S. 52 f. und die dort angeführten.

[7]) a. a. O. S. 161.

portare voluerit, et id aut naufragio, aut praedonum hostiumve incursu amiserit."

Hier wird der Schuldner zum Schadenersatz verurteilt, da er der vertraglichen Bestimmung entgegen gehandelt und eine Sache mit auf Reisen genommen hat, was er nicht hätte tun sollen. Diese Sachen gehen ihm unterwegs durch Schiffbruch oder einen anderen Unglücksfall verloren. Wenn Mommsen diese Stelle als Begründung für seine oben skizzierte Ansicht anführen will, so verkennt er, daß es sich hier um eine Haftung für Zufall handelt, bei der es auf Kausalitätsfragen überhaupt nicht ankommt, da eine Vertragswidrigkeit seitens des Schuldners vorliegt[9]).

Gegen Mommsen's Ansicht sprechen aber vor allem die Qellen selbst, so die zitierte l. 11 § 3 D. 9,2 [10]). Indirekt drückt diese Entscheidung auch l. 52 pr. D. 9,2 aus:

„si ex plagis servus mortuus est neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur."

Wir stellen also fest, daß beim Hinzutreten einer zweiten schädigenden Handlung derjenige, der die erste Bedingung zum rechtswidrigen Erfolg gesetzt hat, von der Haftung befreit wird, da der Kausalzusammenhang zwischen dieser Tat und dem Erfolg (Tod des Sklaven) unterbrochen ist durch die zweite selbständige Handlung eines anderen.

Windscheid[11]) stellt als Grund für diese Entscheidung den Willen des Eigentümers hin. Er sagt, der Wille des Eigentümers des Sklaven gehe dahin, daß der Arzt den Körper des Sklaven behandeln soll. Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß es sicher nicht dem Willen des Herrn entspricht, daß der Arzt den Sklaven tötet, sondern im Gegenteil, daß er ihn heile.

Die erste Verwundung des Sklaven ist nicht „Ursache" des Todes des Sklaven, sondern lediglich eine Bedingung hierfür, wenn später der Tod durch eine andere selbständige Handlung (Kunstfehler des Arztes) herbeigeführt wird. Und somit ist es gerecht und billig, daß der Verwundende von der Haftung befreit wird, denn haften kann man nur dort, wo man die Ursache zum rechtswidrigen Erfolg gesetzt hat. Für den Kausalzusammenhang ist zu fordern, daß die widerrechtliche Handlung sich als Ursache für den Erfolg darstellt — mag sie nun alleinige Ursache sein oder mögen mehrere zusammentreten. In dem Moment, wo beide Handlungen sich als Ursache darstellen, haften beide gemeinsam.

---

[8]) l. 18 pr. D. 13,6 und l. 1 § 4 D. 44,7.

[9]) so auch Stöhr S. 22.

[10]) Ebenso l. 15. § 1 D. 9,2.

[11]) Heidelberger Kritische Zeitschrift II S. 546.

Das wäre z. B. der Fall, wenn zwei Personen gleichzeitig und unabhängig von einander den Tod des Sklaven durch je einen Schuß herbeigeführt haben und nachher nicht mit absoluter Bestimmtheit festzustellen ist, welcher von den beiden Schüssen den Tod unmittelbar herbeigeführt hat.

Eine andere Ueberlegung führt uns zu demselben Ziel: Nach der l. 15 § 1 D. 9,2 ist derjenige von der Haftung de occiso servo befreit, der einen Sklaven t ö d l i c h verwundet hat, wenn der Tod später durch einen Zufall unmittelbar herbeigeführt wird. Und da sollte ein anderer sogar haften, wenn die erste Verwundung harmloserer Natur war?

Unsere Frage nach der Kausalität wird weiter behandelt in einer anderen Stelle der Digesten, die hier der Vollständigkeit halber angeführt sei. Es ist dies die l. 21 § 3 D. 19,1, von der oben schon einmal die Rede war. Hier ist gesagt:

„Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit.“

Man hat bis in die letzte Zeit großen Wert auf die Worte: utilitas quae modo circa ipsam rem consistit gelegt und hat im Anschluß an diese Stelle den Unterschied zwischem dem Interesse „circa rem“ und „extra rem“ konstruiert. Man hat die verschiedensten Dinge mit diesem Ausdruck bezeichnet: bald bezog man die Worte auf den Umfang des Interesses, bald auf den Kausalzusammenhang, bald sagte man: nur das Interesse circa rem kommt zur Vergütung und schloß das andere aus, bald umgekehrt [1]). Es ist ersichtlich, daß diese verschiedenen Auffassungen eine maßlose Verwirrung unter den späteren Juristen angerichtet hat und doch ist eine solche Einteilung ganz müßig, wie heute fast überall anerkannt ist [2]) Paulus, von dem diese Stelle stammt, hat sicher nicht an eine solche Wortklauberei gedacht, als er seine Worte schrieb. Aber für die Frage nach der Kausalität ist diese Stelle von Bedeutung. Die Worte circa ipsam rem consistit bedeuten, daß nur der Schaden zur Vergütung kommt, der wirklich nachweislich ist und der dem gewöhnlichen Lauf des Lebens entsprechend auf eine Handlung gerade der fraglichen Art folgen mußte. Diese Folgerung auf den Gewinn übertragen heißt: daß nur derjenige Gewinn ersetzt zu werden brauchte, der den getroffenen Anstalten und dem gewöhnlichen Verlauf des Lebens entsprechend erwartet werden konnte [3]). Damit ist gesagt, daß derjenige Gewinn wegen seiner Ungewißheit und Unbestimmtheit vom Ersatz ausgeschlossen ist, der auf bloßen Spekulationen beruht oder aus sonst irgend welchen fraglichen Umständen erhofft wird. In der oben angeführten Stelle sagt Paulus weiter: wenn die für

[1]) Puchta a. a. O. S. 327; Dernburg, Pandekten Bd. II S. 125 Anm. 3.

[2]) Stöhr a. a. O. S. 3.

[3]) ähnlich auch Nußbaumer S. 19.

einen bestimmten Zeitpunkt vereinbarte Getreidelieferung ausgeblieben ist und die Sklaven des Käufers verhungert sind, so kann vom Verkäufer nicht Ersatz für die verhungerten Sklaven gefordert werden, da dies kein Schaden circa ipsam rem sei. Diese Entscheidung ist nach dem oben Gesagten völlig richtig, denn hier liegt kein Kausalzusammenhang vor. Die Sklaven hätten wegen des Ausbleibens der Getreidelieferung nicht notwendigerweise sterben müssen, da der Herr sich Nahrungsmittel an anderer Stelle hätte beschaffen müssen. Wenn dies nun wegen einer Hungersnot, Ueberschwemmung oder einer anderen nicht in Menschenmacht gelegenen Tatsache nicht möglich war, so ist dies der Grund für den Hungertod der Sklaven, für das der Verkäufer des ausgebliebenen Getreides nicht einzustehen braucht. Die Nichtlieferung des Getreides konnte dem gewöhnlichen Verlauf des Lebens entsprechend nicht solche weitgehenden Folgen zeitigen. Ein Kausalzusammenhang zwischen der Nichtlieferung des Getreides und dem Hungertod der Sklaven liegt nicht vor, also auch keine Haftung des säumigen Verkäufers.

Das, was hier vom positiven Schaden gesagt ist, gilt in gleichem Umfang auch für den entgangenen Gewinn. Ein Gewinn, der zwar nachgewiesen, aber nur von Zufällen abhängig ist, die der gewöhnliche Verlauf des Lebens nicht mit sich bringt, braucht nicht ersetzt zu werden.

Was nun aber unter dem Außerordentlichen, das der gewöhnliche Verlauf des Lebens nicht mit sich bringt, unter dem Zufälligen zu verstehen ist, das ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Eine allgemeine Regel läßt sich dafür nicht aufstellen. Aber auch das dürfte nicht all zu schwierig sein, wenn man mit dem gehörigen Weitblick und der nötigen Lebenserfahrung an die Beurteilung herangeht.

Wir fassen also das Ergebnis mit den Worten Nußbaumers [4]) zusammen, der sagt: Der Kausalzusammenhang zwischen eingetretenem Schaden und „dem rechtswidrigen Benehmen des Dritten muß ein gewöhnlicher, ordentlicher sein, wie ihn so der Lauf des Lebens und des Verkehrs mit sich bringt; er muß nicht durch außerordentliche, seltene Zufälligkeiten und Einflüsse, an die kein Mensch denkt, vermittelt sein."

4. Ausfall und Herabsetzung der Ersatzpflicht des entgangenen Gewinns.

Im bisherigen haben wir festgestellt, daß im römischen Recht neben dem positiven Schaden auch der entgangene Gewinn ersetzt wurde. Es ist nun Aufgabe dieser Arbeit, einige Quellenstellen zu besprechen, in denen von einer Einschränkung oder gar einem Ausschluß dieser Ersatzpflicht die Rede ist.

Hier interessiert vor allen andern l. un. C. 7,47, eine Verordnung Justinians, die —auch das mag hier gesagt sein — die

[4]) a. a. O. S. 23.

Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn neben der für positiven Schaden ausdrücklich anerkennt [5]). An diese Verordnung haben sich unter den späteren Juristen ganz erhebliche Streitfragen herausgebildet [6]). Ob es jemals gelingen wird, sie alle aus der Welt zu schaffen, wird die Zeit zeigen. Justinian verordnet folgendes:

> „Wir befehlen daher, daß in allen Fällen, wo eine bestimmte Summe zur Sprache gebracht ist (casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam) oder die Natur der Sache eine solche mit sich bringt z. B. [7]) bei Käufen, Pachtverträgen, das Interesse das Doppelte nicht übersteigen soll. In allen Fällen aber, die dem Betrage nach als unbestimmt erscheinen (qui incerti esse videntur), sollen die Richter, die die Schlichtung der Sache übernehmen, mit ihrer Feinheit danach forschen, daß der wirklich entstandene Schaden (quod re vera inducitur damnum) ersetzt und nicht durch irgendwelche Kunstgriffe und übertriebene Verdrehung in unauflösliche Verwirrung versetzt werde (ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabilis redigatur) damit nicht, während sich die Berechnung ins Unendliche zieht, dieselbe durch ihre Unmöglichkeit von selbst zerfalle [8])".

Die Streitigkeiten, die sich an diese Stelle angeknüpft haben, drehen sich hauptsächlich um die Frage: Kommt diese Konstitution nur in den Fällen zur Anwendung, wo Ersatz wegen Nicht- oder Schlechterfüllung einer Obligation, oder auch dort wo Ersatz für etwas anderes verlangt wird? Sodann herrscht Streit darüber, wann man sagen kann, daß der Wert einer Obligation ein sicherer ist.

Die zweite Hälfte dieser constitutio ist klar, denn für die Fälle, die incerti esse videntur, wird nichts anderes bestimmt als was oben gestützt auf zahlreiche Pandektenstellen über den Ersatz des entgangenen Gewinns und den Schadensersatz überhaupt gesagt ist. Die Richter werden darauf aufmerksam gemacht, daß sie mit ruhiger Ueberlegung und juristischem Blick erforschen sollen, was nach dem gewöhnlichen Verlauf des Lebens als Schaden zu betrachten ist. Und das ist der Schaden, der — genau wie früher — ersetzt werden soll. Justinian will durch dieses Gesetz ungewöhnlich hohe und erkünstelte Berechnungen — die sogen. Honigtopfrechnungen — vermieden wissen. Die angeführten Streitfragen berühren nur die erste Hälfte der Konstitution.

In älterer Zeit war man sich allgemein darüber einig, daß sich die Konstitution auf alle Fälle bezog, in denen Schadensersatz

---

[5]) Et hoc non solum in damno, set etiam in lucro nostra amplicitur constitutio, quia et ex eo veteres id. quod interest, statuerunt

[6]) Wie von Wening-Jngenheim (a. a. O. S. 290) sagt: 13 an der Zahl.

[7]) „Veluti".

[8]) Der Wortlaut in möglichst freier Uebersetzung.

gefordert werden konnte, also auf sämtliche Fälle von Kontrakten, Quasikontrakten, Delikten und Quasidelikten [9]). Später hat man dann diese Bestimmung auf die Folgen von Kontrakten beschränkt und diese Ansicht hat sich wohl als herrschende durchgesetzt; sie ist heute m. E. ernstlich auch kaum zu bestreiten. Verschiedene Gründe lassen sich für diese Ansicht anführen.

Da ist erstens an den Wortlaut der Konstitution zu erinnern: „veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus“ Es ist nur die Rede von Kontrakten und sicher hat Justinian, als er die Worte fügte, nicht an eine Anwendung auf Deliktsobligationen gedacht, denn, sollte das Gegenteil der Fall gewesen sein, so wäre sicher im Wortlaut darauf hingewiesen. Dieser Grund kann allerdings als ausschlaggebend nicht anerkannt werden, aber trotzdem sei hier darauf hingewiesen.

Justinian spricht in seiner Konstitution von dem duplum über das der Ersatz des Interesses nicht hinausgehen soll. Wo nun von einem duplum die Rede ist, muß zunächst mal ein simplum vorhanden sein und zwar muß dieses von der Höhe des Schadensersatzes verschieden sein, da ja auf Grund dieses simplum die Schadensersatzhöhe erst berechnet werden soll, wie von Vangerow [10]) mit Recht hervorhebt. Von einem solchen Gegenstand kann bei einem Delikt gar nicht die Rede sein, denn hier wird ja durch das Delikt erst die Verbindlichkeit begründet, kann also ein simplum nicht vorhanden sein. Bei einem Delikt kann aber auch von einer Beschränkung der Ersatzpflicht gar nicht geredet werden, denn derjenige, der eine unerlaubte Handlung [11]) begeht, ist verpflichtet, den ganzen Schaden, den er angerichtet hat, zu ersetzen und zwar einschließlich entgangenem Gewinn. Wir sehen also, daß das hier besprochene Gesetz nur auf die Fälle der Kontrakte anwendbar ist und auch hier nur für die, in denen sich ein simplum erkennen läßt; nicht alle Kontrakte gehören hierher. Justinian führt Kauf und Miete besonders an. Die Worte Justinians können leicht zu dem Irrtum verführen, daß alle Kontrakte zu den casibus certis gehörten. Das ist jedoch durchaus nicht der Fall. Es ist zu betonen, daß alle Kontrakte zu den casibus certis gehören können, nicht aber gehören sie immer und unter allen Umständen dazu. Bei den Kaufverträgen ist eben der Kaufpreis das simplum. bei den Mietverträgen, der Mietzins..

Es ist nun der zweite Punkt zu untersuchen, wir hatten gefragt: Wann können wir sagen, daß der Wert einer Obligation ein sicherer ist? Auch das ist in der Literatur sehr bestritten [12]).

[9]) Cohnfeld a. a. O. S. 40.

[10]) a. a. O. S. 47.

[11]) Dieser Ausdruck im engeren Sinne von Delikt.

[12]) Es kann hier nicht auf alle einzelnen Meinungen eingegangen werden, da ja das Hauptproblem dieser Arbeit das geltende Recht ist. Es mag genügen, daß die eigene Meinung hier angeführt wird.

Unter casus versteht man in diesem Zusammenhang ganz allgemein jeden Fall, der zum Ersatz des angerichteten Schadens verpflichtet — also sowohl Vertragsverletzung, wie auch Delikte.

Ueber den Begriff des certum herrscht seit jeher Streit. In ältester Zeit legte man den Begriff ganz eng aus und verstand darunter nur die Fälle, die durch Bestimmtheit der Bezeichnung ausgezeichnet waren und certum war demgemäß nur etwas, was bestimmt bezeichnet war, sodaß man Menge, Wesen und Güte unmittelbar daraus erkennen konnte. Es ist wohl wahrscheinlich, daß diese Begriffsbestimmung aus der der stipulationes certae und incertae, wie sie in der l. 74 § 1 D. 45,1 enthalten ist, hervorging.

Diese Ansicht ist heute völlig überwunden und man versteht unter dem certum einen Gegenstand, der in eine bestimmte Geldsumme umgewertet werden kann, der einen bestimmten Geldwert hat und zwar ist gleichgültig, ob dieser Geldwert in der Leistung selbst oder in der Gegenleistung bestimmt wird. Eine Verbindlichkeit hat demgemäß eine certa quantitas, wenn auch nur die Gegenleistung in einer solchen besteht[13]). Wenn jedoch ein solcher Geldwert weder aus der Haupt- noch aus der Gegenleistung zu entnehmen ist, so handelt es sich trotzdem noch nicht um eine incerta causa, denn hier kommt die natura der Obligation zur Geltung; man hat nach einem Sachwert oder einem Verkehrswert des fraglichen Gegenstandes zu forschen. Dies mag ein Beispiel erläutern: Wenn jemand eine Sache kauft, so ist für Verkäufer wie für Käufer das certum der Obligation der vereinbarte Kaufpreis. Eine Schätzung könnte erst dann in Frage kommen, wenn ein Kaufpreis nicht vereinbart wäre, wie z. B. wenn es sich nicht um einen Kauf sondern um einen Tausch handelt. Bei einem Mietvertrag ist der Mietzins das certum[14]).

Es läßt sich demnach in jedem einzelnen Fall ohne große Schwierigkeiten feststellen, ob eine causa certa oder incerta vorliegt, ob demnach die von Justinian in seiner Konstitution verordnete Beschränkung des Schadensersatzes auf das duplum Platz zu greifen hat oder nicht. Es ist also müßig, eine Liste aller Fälle aufzustellen, denen eine causa certa oder incerta zu Grunde liegt, wie es Donellus[15]) getan hat.

Welches simplum dem in der Konstitution verordneten duplum zu Grunde zu legen ist, ist damit festgestellt. Früher ist manchmal behauptet worden, daß bei Berechnung der Schadenshöhe das duplum zu dem simplum hinzuzurechnen sei, damit die Höchstgrenze für den Schadensersatz in Wirklichkeit auf den dreifachen Wert festgesetzt sei. Es ist wohl überflüssig hierauf einzugehen, denn diese Ansicht — die auch nur vereinzelt aufgetreten

---

[13]) Ude a. a. O. S. 51.
[14]) Cohnfeld a. a. O. S. 39 ff.; Mommsen a. a. O. S. 236:
[15]) a. a. O. S. 182.

ist — ist heute vollkommen verlassen [16]); sie erklärt sich wohl aus einem unbestimmten Gerechtigkeitsgefühl, mit dem man die Willkür der Justinian'schen Regelung umgehen wollte. Wenn man die Konstitution Justinians so betrachtet, wie das hier geschehen ist, so findet man, daß ein gewisser Sinn in ihr enthalten ist und zwar der, dem Richter eine Höchstgrenze für die Schadensberechnung zu geben und vor allem die sogen. Honigtopfrechnungen zu vermeiden, mit denen früher wie auch heute, sicher nicht selten versucht worden ist, mehr aus einer rechtswidrigen Handlung herauszuholen, als wirklich gerechtfertigt ist. Es ist zuzugeben, daß bei der Festsetzung der Höchstgrenze für den Schadenersatz auf das duplum eine Willkür nicht zu verkennen ist, dies aber auch ohne daß man von einer „Unwissenschaftlichkeit" der römischen Richter spricht oder das Zeitalter Justinians ein „wissenschaftlich verkommenes" nennt, wie das Nußbaumer getan hat [17]).

Was uns an der l. un. C. 7,47 besonders interessiert, ist das, daß diese Stelle des Codex tatsächlich eine Beschränkung der Schadensersatzpflicht enthält, die in gleicher Weise für den positiven Schaden, wie auch für den entgangenen Gewinn gilt. Manchmal wird der entgangene Gewinn diese festgesetzte Höchstgrenze nicht überschreiten, oft wird er aber auch darüber hinausgehen. Man konnte nach römischem Recht nicht verlangen, daß dieser überschießende Teil ersetzt wurde, da die Richter die Konstitution Justinians als vollgültiges Gesetz anzuwenden hatten [18]).

b) Zinseszins wurde nicht vergütet.

Nachdem die l. un. C. 7,47 klargestellt ist, sind zwei weitere Quellenstellen, die den Pandekten angehören, zu besprechen. In der l. 2 § 5 D. 50,8 behandelt Ulpian den Fall, daß wegen einer Schuld von Getreidegeldern nebst Zinsen Ersatz gefordert wird und der Jurist sagt hier: es solle nicht durch Ertrag vom Ertrage und Zinsen von Zinsen ein Gewinn erzielt werden. Der innere Grund für diese Regelung ist wohl derselbe wie in dem eben behandelten Abschnitt: Es soll kein Mensch durch erkünstelte und

---

[16]) v. Vangerow a. a. O. S. 51; Sell a. a. O. S. 240.

[17]) a. a. O. S. 47.

[18]) Die Konstitution Justinians hat bis spät in das Gemeine Recht, ja in einigen Landesteilen bis zum BGB. ihre Gültigkeit bewahrt, obwohl teilweise behauptet worden ist, daß sie durch den Reichsdeputationsabschied von 1600 beseitigt ist. Hier ist in § 136 verordnet, daß dem Kläger jeder Beweis für das Interesse erlassen sei, sobald er sich mit 5 Proz. Zinsen begnügen will. Außerdem kann er aber ein höheres Interesse durch richterlichen Urteilsspruch ersetzt verlangen, wenn er den nötigen Beweis dafür erbringen kann. Inwiefern durch dieses Reichsgesetz die Verordnung Justinians aufgehoben sein soll, ist kaum einzusehen; sicher war eine solche Absicht mit dem Reichsdeputationsabschied nicht verbunden und so erübrigt es sich, näher hierauf einzugehen. Vgl. v. Vangerow a. a. O. S. 51 und Sell a. a. O. S. 246 ff.

unmäßige Berechnungsweisen einen ungerechtfertigten Gewinn verlangen können. Es soll also kein Gewinn in Anrechnung gebracht werden, der durch Benutzung des entgangenen Gewinns hätte gemacht werden können. Eine solche Berechnungsweise liegt zu weit ab, als daß sie bei der Festsetzung der Schadensersatzhöhe mit berücksichtigt werden könnte. Ganz das gleiche gilt von der l. 15 D. 22,1. Hier ist der Ersatz der Zinsen vom Werte der Früchte versagt. Paulus sagt:

„Neque eorum fructuum, qui post litem contestatum officio iudicis restituendi sunt, usuras praestari oportere neque eorum, qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur."

c) Konkurrierendes Verschulden des Geschädigten.

Es ist im Folgenden noch eine letzte Beschränkung der Ersatzpflicht des entgangenen Gewinns zu besprechen: Wenn der Geschädigte den Schaden durch eigenes Verschulden mit verursacht hat, so entfällt die Ersatzpflicht ganz oder wird doch zum mindesten auf einen Teilbetrag beschränkt. Der Grundsatz dieser Regelung ist in der l. 203 D.50,17 niedergelegt. Pomponius sagt hier:

„Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intellegitur damnum sentire".

Wenn also jemand infolge eigenen Verschuldens einen Schaden erleidet, so scheint er ihn nicht zu leiden. Es ist dies ein Grundsatz, der weit über die Lehre vom Schadensersatz hinausgeht, aber auf diesem Gebiet seine Hauptanwendung finden muß. Auch in diesen Fällen genügt noch nicht die bloße Möglichkeit, daß der Schaden bei größtmöglichster Vorsicht trotz der schadenstiftenden Tatsache hätte vermieden werden können; diese Möglichkeit, die sicher oft vorhanden sein wird, muß zur Gewißheit werden. Es muß nachgewiesen sein, daß den Geschädigten auch ein Verschulden an der rechtswidrigen Tatsache getroffen hat. Wenn also der Geschädigte es unterlassen hat, den drohenden Schaden abzuwenden und dies in seinem Machtbereich lag, so entfällt für den Schädiger die Ersatzpflicht. Dieser Satz ist in den Pandekten an verschiedenen Stellen anerkannt. In der l. 23 § 8 D. 21,1 wird der Fall behandelt, daß ein verkaufter Sklave den Käufer oder einen anderen bestohlen hat. Der Käufer wird mit der Deliktsklage auf Schadensersatz in Anspruch genommen und verlangt nun seinerseits Ersatz vom Verkäufer. Es wird ihm nur ein Anspruch auf „quanti minimo defundi potuit" zuerkannt, da er selbst den Schaden durch seine schlechte Wahl zwischen der „litis aestimatio" und der „noxae deditio" mit verursacht hat. Er konnte den Sklaven als Schadensersatz ausliefern und hat dafür lieber den Wert des streitigen Gegenstandes leisten wollen. Den gleichen inneren Grund in der Entscheidung weist die schon einmal besprochene l. 21 § 3 D. 19,1 auf. Durch die Nichtlieferung von Getreide waren die Sklaven des Käufers den Hungertod gestorben. Die Schadens-

ersatzpflicht für den Tod der Sklaven entfällt für den Verkäufer des Getreides, da er mit einer solchen Folge seiner Vertragsverletzung nicht zu rechnen brauchte. Der Kausalzusammenhang zwischen seiner Handlung und dem Tod der Sklaven ist durch ein Verschulden des Käufers unterbrochen. Er hätte an anderer Stelle für Nahrung für seine Sklaven sorgen müssen. Es war oben schon gesagt, daß der Käufer für den Tod der Sklaven selbst in dem Fall keinen Schadensersatz verlangen konnte, wenn es ihm vollkommen unmöglich gewesen wäre, Nahrungsmittel — vielleicht infolge einer Hungersnot — zu besorgen.

Beschränkt wird der hier gefundene Satz wiederum durch eine Pandektenstelle. Es ist dies die l. 45 § 1 D. 19,1. Hier wird der Schaden durch eine dolose Handlung herbeigeführt und hier greift wieder die alte Regelung Platz, daß der Schädiger den von ihm angerichteten Schaden zu ersetzen hat. Es ist hier ganz gleichgültig, ob der Schaden von dem Geschädigten durch größtmöglichste Sorgfalt vermieden werden konnte oder nicht. In der zitierten lex kann der Käufer einer Sache, die dem Verkäufer nicht gehörte, nur soweit Ersatz von Aufwendungen verlangen, als er sie von dem entwährenden Eigentümer nicht erlangen kann. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß der Verkäufer guten Glaubens war. Paulus sagt:

„In omnibus tamen his caribus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet."

Damit ist also gesagt, daß die oben erwähnte Beschränkung des Ersatzanspruchs nicht Platz greift, wenn dem Schädiger dolus zur Last zu legen ist. Nur wenn den Geschädigten ebenfalls dolus oder culpa lata trifft, tritt diese Beschränkung wieder ein.

Auch dieser Satz wird durch Quellenstellen bewiesen. So in der l. 57 § 3 D. 18,1. Paulus sagt:

„Wußten beide, der Käufer und der Verkäufer, daß das Haus entweder ganz oder zum Teil abgebrannt war, so ist der Vertrag ohne Wirkung, weil sich die Arglist gegenseitig aufhebt und eine aus dem guten Glauben entspringende Klage im Fall einer beiderseitigen Arglist, den Vertrag nicht aufrecht erhalten kann." [19])

Wenn eine Sache verkauft wurde und bei Abschluß des Vertrages eine bestimmte Eigenschaft zugesichert wurde, so ist die actio ex empto wegen des Fehlens dieser Eigenschaft nicht gegeben, wenn der Käufer diesen Mangel schon bei Kaufabschluß gekannt hat. Ebenso bei Verkauf eines dem Verkäufer nicht gehörenden Gegenstandes. Diese Entscheidungen sind niedergelegt in der l. 27 C. 8,45 und l. 45 D. 18,1. Weitere Belegstellen nennt Stör [20]) : l. 36 D. 4,3; l. 30 D. 3,5; l. 1 § 14 D. 27,3.

---

[19]) In wörtlicher Uebersetzung.
[20]) a. a. O. S. 33 Anm. 41.

5. Einige weitere Belegstellen.

Diese im bisherigen festgestellten römisch-rechtlichen Grundsätze mögen im folgenden an Hand von einigen Beispielen, die alle aus dem Corpus Juris stammen, verdeutlicht und belegt werden. Wir werden sehen, daß das lucrum wenn es ersetzt wurde, stets ein sicheres, erweisliches gewesen ist. Wurde es nicht ersetzt, so fehlte es an Beweisen oder am Kausalzusammenhang. Wenn man sich die Beispiele klar macht, so erkennt man daran, welch guter klarer Blick den Römern für alle Nöte und Erfordernisse des täglichen Lebens und des Verkehrs eigen war.

l. 21 § 2 D. 9,2: Wenn ein Freier — und wohl ebenso ein Sklave[21]) — verletzt wird, so daß er eine bestimmte Zeitlang nicht arbeiten kann, sind nicht nur die entstandenen Arzt- und Heilungskosten zu ersetzen, sondern auch das, was ihm durch seine Arbeitsunfähigkeit am Verdienst entgangen ist.

Den Fall, daß ein zum Erben eingesetzter Sklave getötet worden ist, hatten wir oben schon behandelt. Es muß hier dem Herrn des Sklaven Ersatz für den Verlust der Erbschaft geleistet werden. So hat Paulus in der l. 3 D. 13,1 entschieden. Das gleiche gilt, wenn dieses Interesse bei einem gestohlenen Sklaven vorhanden ist[22]).

l. 3 § 11 und 12 D. 43,4: Wird dem Erben ein Testament vorenthalten, so geht das interdictum de tab. exhib. auf die ganze Erbschaft, auf die der Erbe nach dem Testament Anspruch hatte.

l. 32 pr. und § 1 D. 47,2: Wenn eine Schuldurkunde gestohlen wird, so besteht das simplum[23]) für die Verurteilung zum Schadensersatz in der genannten Schuld, für die die Urkunde ausgestellt ist.

l. 22 pr. D. 9,2 und l. 67 § 1 D. 47,2: Wenn mir ein Sklave, den ich bei Verfall einer Konventionalstrafe einem Dritten auszuliefern hatte, getötet oder gestohlen wird, so hat der Täter mir den Wert dieser Strafe zu ersetzen.

l. 22 § 1 D. 9,2: Wenn mir ein Tier getötet wird, das zu einem Zwei- oder Viergespann gehörte und das ganze Gespann wegen Einheitlichkeit der Tiere dadurch seinen Wert verliert, so ist das gesamte Interesse zu vergüten. Ganz das gleiche gilt von einem Sklaven, der zu einer „Schauspielertruppe, Musikbande oder Zwillingspaar"[24]) gehörte.

l. 13 pr. D. 19,1: Verkauft jemand einem anderen ein krankes Stück Vieh und wird durch dieses das bisher gesunde Vieh des Käufers angesteckt, so hat der Verkäufer Ersatz für den ganzen entstandenen Schaden zu leisten. Ebenso ist die Entscheidung für die Lieferung eines schadhaften Balkens, der zum Hausbau be-

---

[21]) l. 3. D. 9,1 und l. 7. pr. D. 9,2 ebenso.
[22]) l. 52 § 28 D. 47,2.
[23]) Nach der l. un. C. 7,47.
[24]) Nußbaumer a. a. O. S. 30.

nutzt wurde, wenn durch diesen Fehler das Haus oder auch nur eine Wand desselben einstürzt.

l. 13 § 1 D. 19,1: Hier ist das gleiche wie oben gesagt, nur für einen anderen, wenn auch ähnlichen Fall. Es wird jemandem ein Sklave verkauft, von dem der Verkäufer weiß, daß er stiehlt oder seinem Herrn dauernd entläuft. Tritt dieses bei dem Käufer ein, so hat der Verkäufer den gesamten Schaden, den der Sklave anrichtet zu ersetzen.

l. 6 § 4 D. 19,1: Wenn jemand einem anderen ein fehlerhaftes Gefäß verkauft oder leiht und die hineingetane Flüssigkeit umkommt oder Schaden anrichtet, so ist vom Verkäufer, wenn er den Fehler kannte, der ganze Schaden zu ersetzen.

l. 3 D. 9,1: Diese Stelle gibt Ersatz für die Heilungskosten der durch ein Tier verursachten Verletzung, für die versäumte Arbeit und für solche, zu deren zukünftiger Verrichtung jemand unfähig geworden ist[25]).

l. 22 § 4 D. 46,8: Wenn ein Sklave an Wunden gestorben ist und der Tod weder auf die Unwissenheit der Aerzte noch auf Nachlässigkeit des Eigentümers zurückzuführen ist, so kann der Verletzende mit Recht wegen widerrechtlicher Tötung belangt werden.

l. 45 D. 44,7: Wenn derjenige, der einen Sklaven zu entrichten hat, denselben freiließ, ehe er sich eines Verzugs schuldig gemacht hat und derselbe gestorben ist, bevor deshalb der Versprecher belangt worden ist, so haftet letzterer nicht, da es nicht an ihm gelegen zu haben scheint, daß der Sklave nicht übergeben wurde.

Die hier gegebenenn Beispiele mögen für unseren Zweck genügen. Es ließen sich noch viele im Corpus Juris finden. Die Beispiele mögen noch einmal die römisch-rechtlichen Grundsätze für den Ersatz des entgangenen Gewinns vor Augen führen. Wir hatten gesehen, daß im Prinzip der entgangene Gewinn ersetzt werden mußte und hatten zwei Forderungen hierfür aufgestellt:

1. Es mußte nachgewiesen werden können, daß ein Gewinn ohne das schadenstiftende Ereignis wirklich gemacht worden wäre und daß dieser Gewinn entgangen ist;
2. mußte Kausalzusammenhang bestehen zwischen schädigender Handlung und dem Entgehen von Gewinn. Dieser Zusammenhang mußte ein gewöhnlicher, normaler sein und die Folge dem gewöhnlichen Verlauf des Lebens entsprechen.

II. Weitere Entwicklung.

Im folgenden Abschnitt ist die weitere Entwicklung der römisch-rechtlichen Grundsätze bis zum BGB. zu betrachten. Es mag genügen, wenn diese Betrachtung auf die preußischen Landesteile beschränkt bleibt.

---

[25]) Ebenso l. 7 pr. D. 9,2.

1. Rezeption.

Durch die Rezeption kam das im bisherigen für das römische Recht Gesagte auch in Deutschen Landen zur Geltung und zwar ist das römische Schuldrecht, zu dem die Lehre vom Schadensersatz und damit die hier besonders interessierenden Grundsätze über den entgangenen Gewinn, gehören, in vollem Umfang rezipiert worden. Die deutschen Richter, die das römische Recht studiert hatten, brachten das Corpus Juris nach freiem Ermessen und angepaßt auf deutsche Verhältnisse zur Anwendung. Es ist dazu Neues also nicht zu sagen, bis im Jahre 1794 das Allgemeine Preußische Landrecht in Kraft trat und für die zu Preußen zählenden Gebiete das römische Recht als solches beseitigte.

2. A. L. R.

Auch das Preußische Landrecht enthielt in seiner Regelung des Schuldrechts zum größten Teil römisches Recht. Mit peinlicher Genauigkeit zählt das A.L.R. die Grundsätze über den Schadensersatz auf und verordnet in seinem Teil I Tit. V §§ 285 ff. folgendes:

§ 285: Wer bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages seine Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, muß dem anderen sein ganzes Interesse vergüten.

§ 286: Aller Nachteil, welcher für jemand daraus entstanden ist, daß der andere seinen Pflichten gegen ihn nicht nachgekommen ist, wird unter dem Interesse begriffen.

§ 287: Es wird also bei Bestimmung des Interesses nicht bloß auf den wirklichen Schaden, sondern auch auf den durch Nichterfüllung des Kontraktes entgangenen Vorteil Rücksicht genommen.

In diesem § 287 wird der Ersatz des entgangenen Gewinns grundsätzlich anerkannt und in Tit. VI § 6 folgendes nähere festgelegt:

> Doch wird bei Bestimmung des entgangenen Gewinns nur auf solche Vorteile, die entweder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen vernünftigerweise erwartet werden konnten, Rücksicht genommen.

In dieser letzten Bestimmung wird auf das römische Pandektenrecht zurückgegriffen und lediglich unter anderer Formulierung dasselbe verordnet, wie das im ersten Abschnitt dieser Arbeit Klargelegte. Diese Fassung deutet, wie Nußbaumer [26]) mit Recht sagt, auf die l. 2 § 8 D. 13,4 hin und zwar besonders auf den

---

[26]) a. a. O. S. 102.

letzten Teil. Es mag hier das Gesagte genügen; nur auf eine Merkwürdigkeit sei hier noch hingewiesen. Das A. L. R. stuft die Höhe des Schadensersatzes nach dem Grade des Verschuldens ab. Die gesetzliche Bestimmung ist niedergelegt in den §§ 287, 410 Teil 1 Tit. 5 und es ist bestimmt, daß bei einer vorsätzlichen Tat voller Schadensersatz geleistet werden muß, während bei einem geringeren Grad des Verschuldens die Schadensersatzpflicht beschränkt ist.

3. Allgemeines H. G. B. von 1861.

Es ist nun weiter eine Bestimmung ins Auge zu fassen und zwar der Art. 283 des alten HGB.

> „Wer Schadenersatz zu fordern hat, kann die Erstattung des wirklichen Schadens und des entgangenen Gewinns verlangen".

Auch in diesem Gesetz ist die Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn besonders betont und zwar für entgangenen Gewinn aus Handelsgeschäften, wie die Stellung des Artikels beweist[27]). Eine nähere Bestimmung was unter „entgangenem Gewinn" zu verstehen ist, findet sich im Gesetz nicht und so haben die allgemeinen römisch-rechtlichen Regeln Platz zu greifen. Es ist bei einem Kaufmann von dem Grundsatz auszugehen, daß er die innerhalb seines Betriebes vorkommenden Geschäfte, mit denen er einen Gewinn erzielen würde, nicht unbenutzt verstreichen läßt. Es ist also auch hier kein unbedingter Beweis zu verlangen, daß der Kaufmann ohne das Dazwischentreten des schädigenden Ereignisses den fraglichen Gewinn gezogen haben würde, sondern es genügt die eben geschilderte Vermutung. Der Kaufmann braucht nur die Verkaufsmöglichkeit (Marktgängigkeit) der Ware darzutun. Der Gegenbeweis steht dem Gegner jederzeit offen[28]).

Vor allem ist zu bedenken, daß das Allgemeine deutsche HGB. für das Handelsrecht mit einigen älteren Schadensersatzbeschränkungen aufgeräumt hat: die l. un. C. 7,47 Justinians ist durch das Gesetz von 1861 aus der Welt geschafft worden[29]) und desgleichen die Bestimmung des Preußischen ALR., durch die die Höhe der Schadensersatzpflicht nach dem Grade des Verschuldens abgestuft ist. Auf die Dauer konnte eine solche Bestimmung sich m. E. auch nicht halten. Bei Bestimmung der Verpflichtung zum Ersatz eines Schadens kann immer nur die Frage nach der Kausalität eine Rolle spielen. Wer einen Schaden verursacht, d. h. verschuldet hat, hat den Schaden zu ersetzen; es ist hier einerlei, welcher Grad von Verschulden den Täter trifft. Die Festsetzung der Höhe des entstandenen Schadens hat der Richter

---

[27]) Die Ueberschrift über diesem Abschnitt des Gesetzes lautet: „Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte".

[28]) Entscheidung des R. O. H. G. Bd. 2 S. 197; ebenso R. G. Bd. 4 S. 1

[29]) So mit Recht Staub Komm. z. A. H. G. B. S. 716.

nach freiem Ermessen und seiner eigenen Ueberzeugung entsprechend zu treffen. Sicher und rein menschlich verständlich ist, daß hierbei der Richter durch den Grad des Verschuldens beeinflußt wird. Ein Täter, der bloß fahrlässig gehandelt hat, wird bei Verurteilung wohl besser davon kommen, als einer, dem Vorsatz zur Last gelegt werden muß. Aber ungeeignet wäre es, eine solche Bestimmung in ein Zivilgesetz aufzunehmen, denn es handelt sich ja hier nicht um Strafrecht, wo solche Gesichtspunkte bei Festsetzung des Strafmaßes eine Rolle spielen, sondern um bürgerliches Recht. Voraussetzung bei dem hier Gesagten ist, daß die Höhe des entstandenen Schadens — bzw. entgangenen Gewinns — nicht klar zu beweisen gewesen ist. Einem strikten Beweis gegenüber ist kein Raum mehr für richterliches Ermessen.

Teil 2.

Entstehungsgeschichte des § 252 BGB.

Die im bisherigen geschilderte Entwicklung der Rechtsgrundsätze über den Ersatz des entgangenen Gewinns hat im BGB. ihren Abschluß gefunden. Ehe auf die Streitfragen des heutigen Rechts einzugehen ist, soll die Entstehung des § 252 B.G.B. kurz geschildert werden.

I. Erster Entwurf.

Zwei Entwürfe sind Vorläufer des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich gewesen, die die hier interessierenden Fragen teilweise anders geregelt hatten, als es im endgültigen Gesetz dann geschehen ist.

Die Bestimmung über den Ersatz des entgangenen Gewinns hatte im I. Entwurf zum B. G. B. folgende Fassung:

§ 218: „Ist Schadensersatz zu leisten, so umfaßt der zu ersetzende Schaden sowohl die erlittene Vermögenseinbuße, als auch den entgangenen Gewinnn.

Als entgangener Gewinn kommt nur derjenige in Betracht, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

Durch diesen Paragraphen sind die Beschränkungen der l. un. C. 7,47 und des Preußischen A. L. R., die für das Handelsrecht schon durch das Allgemeine Deutsche H.G.B. abgeschafft waren, nun auch für das gesamte bürgerliche Recht beseitigt worden[30]). Die Verpflichtung zum Ersatz von entgangenem Gewinn ist also auch in diesem Entwurf anerkannt und im Abs. 2 näher bestimmt. Man hat in den Beratungen zu diesem Entwurf auf den Sätzen des römischen Rechts aufgebaut. § 218 ist klar formuliert, bloß

---

[30]) Motive zu § 218 Bd. 2 S. 17 f.

an das Wörtchen „nur" haben sich heute wieder Streitfragen angeknüpft [31]. Durch den zweiten Absatz erhält der Richter zum Vergleiche mit § 260 C. P. O. [32]) den Hinweis, daß für den Ersatz des entgangenen Gewinns einerseits kein strikter Beweis verlangt werden kann, daß er auf der anderen Seite aber auch nicht auf unbestimmten Vermutungen und Zufälligkeiten aufgebaut werden darf. Es ist vielmehr auch hier der richtige Mittelweg eingehalten worden: Zum Beweis des entgangenen Gewinns genügt, daß für das Erlangen desselben eine gewisse Wahrscheinlichkeit im Hinblick auf den gewöhnlichen Verlauf des Lebens und die getroffenen Vorkehrungen vorlag. Unbedingte Voraussetzung für die Ersatzpflicht überhaupt ist, wie immer auch hier, daß zwischen schädigender Handlung und dem Entgehen von Gewinn Kausalzusammenhang vorliegt. Zu erwähnen ist noch, daß „selbstverständlich" [33]) nur derjenige Gewinn in Ansatz gebracht werden soll, der ohne Unehrenhaftigkeit hätte gezogen werden können. Damit ist auch wieder eine Verwandtschaft mit dem römischen Recht nachgewiesen [34]).

II. Zweiter Entwurf

In der zweiten Kommission [35]) lagen zur Regelung unserer Frage zwei Vorschläge vor:

1. „Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn, soweit dieser nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

und

2. „Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen ist nur derjenige Gewinn anzusehen, in Ansehung dessen nach dem gewöhnlichen ... Vorkehrungen anzunehmen ist, daß er ohne das zu vertretende Ereignis gemacht worden wäre."

Die Kommission ging von dem Standpunkt aus, daß prinzipiell in den beiden Fassungen dasselbe gesagt sei, daß es sich also nur um einen Streit um Worte handelte und beschloß daher, die Bestimmung ihrem sachlichen Inhalt nach anzunehmen und die Festsetzung des Wortlauts der Redaktionskommission zu überlassen. Ob in den genannten Fassungen wirklich juristisch dasselbe gesagt ist, kann im Rahmen dieser Arbeit unerörtert bleiben. In der Redaktionskommission erhielt die Bestimmung die Fassung, die dann in § 252 BGB. geltendes Recht geworden ist und die uns im folgenden weiterbeschäftigen soll:

---

[31]) darüber später.
[32]) In der damaligen Fassung.
[33]) Motive Bd. II S. 18.
[34]) cf. l. 71 § 1 D. 47,2.
[35]) Protokolle Bd. I S. 291.

„Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

Teil 3.

Heute geltendes Recht.

Im § 252 B. G. B. hat die im bisherigen geschilderte geschichtliche Entwicklung der Grundsätze über den Ersatz des entgangenen Gewinns ihren Abschluß gefunden. Aber auch dadurch ist das Rechtsgebiet noch nicht von allen Zweifeln und Streitpunkten frei geworden. Wie an so manchen Stellen hat auch hier die Weiterentwicklung gezeigt, daß ein Gesetz — es mag auch noch so vollkommen scheinen — nicht jedes Gebiet so regeln kann, daß es über jeden Zweifel erhaben erscheint.

Durch das B. G. B. sind viele Streitigkeiten, die das römische und Gemeine Recht beschäftigen, beseitigt worden; dafür sind jedoch heute neue entstanden.

Aus der Fassung des § 252 geht klar hervor, daß das heutige Schadensersatzrecht nicht mehr nach dem Grade des Verschuldens abgestuft ist, daß es auch keine unbedingte Höchstgrenze für die Ersatzpflicht kennt, wie dies die erörterte l. un. C. 7,47 tat.

Von großer Bedeutung für die Verpflichtung zum Schadensersatz ist heute die Frage nach der Kausalität. Die Untersuchung, ob dieses Problem hier ebenso zu fassen ist, wie in den gewöhnlichen Fällen der Schadensersatzverpflichtung, wird uns weiter unten beschäftigen. Das Gericht hat nach freier richterlicher Ueberzeugung und Beweiswürdigung die Höhe des entstandenen Schadens festzulegen, wo kein unmittelbarer Beweis erbracht werden kann. Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß sich der Richter bei Entscheidung der angegebenen Frage auch von Ueberlegungen leiten lassen wird, bei denen der Grad des Verschuldens eine Rolle spielt. Er hat alle Gründe zu durchdenken, die für und gegen den Ersatzpflichtigen oder dessen Gegner und deren Taten sprechen. Durch das B. G. B. ist die gesetzliche Normierung dieser Frage jedoch abgelehnt und mit Recht sagt Staudinger[1], daß die Herstellung der hier maßgebenden Prinzipien der Wissenschaft, dem Richter und der Rechtsprechung überlassen bleiben muß.

Das Prinzip des Ersatzes des entgangenen Gewinns ist im ersten Satz des § 252 enthalten. Der entgangene Gewinn wird also im heutigen Recht — wie auch früher schon — ersetzt und zwar wenn die Voraussetzungen des zweiten Absatzes vorliegen.

---

[1]) a. a. O. zu § 252 S. 71 Anm. 1.

Die Anwendung dieses zweiten Satzes bietet viele Schwierigkeiten. Zunächst ist schon die rechtliche Natur dieser Bestimmung stark umstritten.

I. Rechtsnatur des § 252 Satz 2.

Auf der einen Seite stehen Schriftsteller, die der Ansicht sind, daß die Bestimmung materielles Recht derart enthalte, daß Satz 2 des § 252 eine Beschränkung der Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn enthalte und auf der anderen Seite solche, die den § 252 als Beweiserleichterung für den Ersatzberechtigten — gewissermaßen in Ergänzung des § 287 Z.P.O. — ansehen. Diese Streitfrage um die kein Jurist herumkommt, der sich mit dem Ersatz des entgangenen Gewinns näher beschäftigt, soll im folgenden Abschnitt erörtert werden.

Zu erwähnen ist, daß die Feststellung des entgangenen Gewinns in der Praxis stets mehr oder weniger großen Schwierigkeiten begegnen wird, denn es muß hier mit Umständen operiert werden, die in Wirklichkeit nicht eingetreten sind. Es ist ja gerade der Sinn des Ersatzes des entgangenen Gewinns, daß etwas ersetzt werden soll, was eingetroffen wäre, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand die Aussichten auf Erzielung des Gewinns nicht zerstört hätte. Am leichtesten ist die Feststellung dort, wo es zur Erlangung von Gewinn einer Tätigkeit des Geschädigten nicht mehr bedurfte. Ohne Bedenken kann man hierher auch die Fälle rechnen, in denen der Geschädigte eine noch notwendige Tätigkeit bei Anwendung der Sorgfalt eines diligens pater familias dem gewöhnlichen Laufe des Lebens entsprechend unbedingt vorgenommen hätte [2]). Denn eine solche Tätigkeit ist stets als das wahrscheinliche anzunehmen. Dem Ersatzverpflichteten steht dagegen jederzeit der Gegenbeweis offen; aus diesem Grund ist eine derartige Annahme auch keine Beeinträchtigung der Rechte des Verpflichteten. Am schwierigsten wird die Feststellung von entgangenem Gewinn dort, wo zu seiner Erzielung ein anderer mitwirken muß. Dies ist wohl die größte Anzahl der in der Praxis vorkommenden Fälle. Ich habe z. B. eine Wohnung gemietet und mit dem Vermieter vereinbart, daß ich einen Aftermieter aufnehmen darf und habe sofort ein Zimmer an einen Bekannten vermietet. Der Vermieter räumt mir zum vertraglich festgesetzten Termin schuldhaft die Wohnung nicht ein. Ich kann hier den mir aus dem nun auch hinfällig gewordenen Aftermietvertrag entgehenden Gewinn von dem Vermieter ersetzt verlangen [3]). In allen Fällen, in denen die erforderliche Tätigkeit eines Dritten in bestehenden Verträgen zugesichert ist, wird man mit ihr als einem sicheren Faktor rech-

[2]) vgl. RG. 25 S. 74 ff.

[3]) Das Beispiel stammt aus Fischer a. a. O. S. 59.

nen können. Im übrigen werden uns bei der Festsetzung des entgangenen Gewinns die unten weiter aufgestellten Grundsätze helfen und Anhaltspunkte geben.

a) Materiell-rechtliche Auffassung des § 252 Satz 2.

Die Rechtsnatur ist, wie oben bereits erwähnt wurde, stark umstritten. Crome, Cosack, der Kommentar von Reichsgerichtsräten und Planck in seinen früheren Auflagen [4]) fassen die Bestimmung des Satz 2 von § 252 B. G. B. als Einschränkung der Ersatzpflicht des entgangenen Gewinns auf.

Crome [5]) sagt, daß durch die angeführte Bestimmung eine positive Grenze für den Umfang der Schadensersatzpflicht aufgestellt sei und führt zur Begründung seiner Auffassung als einzigen Grund an, daß dadurch „einer allzu laxen Auffassung des Schadensbegriffes entgegengetreten" werden sollte. Eine weitere Begründung hält er offenbar für überflüssig.

Auch Cosack [6]) hat sich auf diesen Standpunkt gestellt. Er ergänzt in der Fassung des Satzes 2 im § 252 ohne jedes Wort einer Begründung das Wörtchen „nur" und sagt „Als entgangen gilt nur der Gewinn, der . . .".

Die beiden Schriftsteller haben ihren Standpunkt offenbar von Planck übernommen, der in den beiden ersten Auflagen seines Kommentars die entsprechende Ansicht vertreten hat. Er hat dort unter eingehender Begründung dargelegt, daß es beim Ersatz des entgangenen Gewinns nicht genüge, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Schadenersatzverpflichtung vorlägen, wenn also Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und dem Entgehen von Gewinn vorliegt, sondern es muß nach dieser Ansicht, auch wenn Kausalzusammenhang besteht, noch der Nachweis geführt werden, daß unter Berücksichtigung der im Satz 2 des § 252 niedergelegten näheren Umstände, der entgangene Gewinn mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Der Gewinn wird also n u r dann ersetzt, wenn die Voraussetzungen des 2. Satzes vorliegen. Planck führte zur Begründung seiner Ansicht die Entstehungsgeschichte des § 252 an und sprach ihr die ausschlaggebende Bedeutung zu. Wie oben [7]) erläutert, lautete der unserer Bestimmung entsprechende § 218 im ersten Entwurf: „Als entgangener Gewinn kommt n u r derjenige in Betracht, der . . ." In der zweiten Kommission lauteten die zwei vorliegenden Vorschläge:

---

[4]) Planck hat seinen alten Standpunkt in der letzten Auflage seines Kommentars verlassen, wie unten näher auszuführen sein wird.

[5]) a. a. O. S. 73.

[6]) a. a. O. S. 328 Ziff. 3.

[7]) Teil 2.

1. „Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn, soweit dieser..."

und

2. „Als entgangen ist nur derjenige Gewinn anzusehen, in Ansehung dessen nach den gewöhnlichen . . ."

Da nun diese beiden Vorschläge als ihrem Inhalt nach sachlich übereinstimmend angenommen und zur Festlegung des Wortlautes der Redaktionskommission überwiesen wurden, so schloß Planck daraus, daß der Sinn des Gesetzes und der Wille des Gesetzgebers dahin ging, daß nur derjenige Gewinn ersetzt zu werden brauchte, der unter die Voraussetzungen des Satzes 2 des endgültig vorliegenden § 252 fiel. Planck führte weiter den später gestrichenen § 247 des 2. Entwurfes an. Hier war gesagt, daß im Falle der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, sich die Schadensersatzpflicht nicht auf einen solchen Schaden erstreckte, „dessen Entstehung außerhalb des Bereiches der Wahrscheinlichkeit lag oder nach den Umständen, die der Schuldner kannte oder kennen mußte, als außerhalb dieses Bereiches liegend angesehen werden durfte. Auch diese nicht in das B.G.B. aufgenommene Bestimmung hat Planck zur Kennzeichnung der Rechtsauffassung der zweiten Kommission und somit als Begründung seiner Ansicht angesehen.

Als letzter Vertreter der hier geschilderten Ansicht ist der Kommentar von Reichsgerichtsräten zu erwähnen. Hier [8]) ist gesagt, daß der Wortlaut des § 252 von einer Beweisregel nichts erkennen ließe, sondern daß der Wortlaut dieser Bestimmung und auch die Entstehungsgeschichte — es ist anzunehmen, daß auch hier Plancks Ansicht von Einfluß gewesen ist — darauf hinwiesen, daß nur der Gewinn noch ersetzt werden solle, der unter den Voraussetzungen des Satz 2 „bei objektiver vernünftiger Betrachtung" mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Es solle also eine Grenze dafür aufgestellt werden, was als Folge einer schädigenden Handlung anzusehen sei, um nicht „uferlosen Ersatzansprüchen Raum zu geben" [9]).

b) Beweiserleichterung.

Bei weitem mehr Anhänger hat die andere Theorie über die rechtliche Natur des Satz 2 von § 252 gefunden. Namhafte Juristen, wie Enneccerus [10]), Traeger [11]), Oertmann [12]), Dernburg [13])

---

[8]) a. a. O. S. 409 zu § 252.

[9]) Die kritische Würdigung erfolgt unten unter c. Hier sollen der Klarheit halber zunächst die bestehenden Theorien angeführt werden.

[10]) a. a. O. S. 48 f.

[11]) a. a. O. S. 254.

[12]) a. a. O. Komm. S. 49

[13]) a. a. O. Schuldverhältnisse S. 82

u. a. m. — auch Planck[14]) hat sich neuerdings dieser Theorie angeschlossen — vertreten die Auffassung, daß Satz 2 des § 252 lediglich eine Beweiserleichterung in Ergänzung des § 287 Z.P.O. darstelle. Es wird hiernach also eine Vermutung dafür aufgestellt, unter welchen Umständen ein Gewinn als entgangen anzusehen ist. Der Nachweis des Verlustes wird dem Ersatzberechtigten in den meisten Fällen schwierig sein, da er ja etwas ersetzt verlangt, was in Wahrheit nicht eingetreten ist. Hier soll die Vermutung des Satz 2 des § 252 Platz greifen und helfen. Der Beweis für den Verlust von Gewinn ist dann als erbracht anzusehen, wenn der Gewinn nach dem gewöhnlichen Laufe des Lebens oder nach den besonderen Umständen des Falles mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte und der Richter zu der erforderlichen Ueberzeugung kraft seiner freien richterlichen Beweiswürdigung gekommen ist. Diese Vermutung soll durch einen Gegenbeweis jederzeit zu entkräften sein. Als Begründung für diese Ansicht wird ebenfalls die geschichtliche Entwicklung des § 252 angeführt. Sie wird jedoch erheblich anders aufgefaßt, als von den Vertretern der materiell-rechtlichen Theorie des § 252. Obwohl in § 218 Abs. 2 des ersten Entwurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuch gesagt ist: „Als entgangener Gewinn kommt n u r derjenige in Betracht ...“ so sei — wie diese Theorie sagt — damit noch nicht bewiesen, daß die Ersatzpflicht des entgangenen Gewinns eingeschränkt werden solle. Im Gegenteil habe die Kommission auf dem entgegengesetzten Standpunkt gestanden, denn die Motive[15]) legten dem Wörtchen „nur“ keine Bedeutung bei, sondern sagten ausdrücklich, daß durch die Bestimmung des § 218 Abs. 2 „die Praxis im Hinblick auf § 260 der Z.P.O.[16]) die nötige Anweisung“ erhalte, „aus welcher erhellt, daß einerseits die volle Gewißheit, der Gewinn würde gezogen worden sein, nicht erforderlich sei“, daß andererseits aber auch nicht eine bloße, unbestimmte Möglichkeit der Gewinnerzielung ausreiche. Das entscheidende soll eben ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit sein. Wenn auch dann die zweite Kommision auf dem Standpunkt der materiell-rechtlichen Auffassung[17]) gestanden haben mag, so sei diese Auffassung jedoch nicht in das Gesetz aufgenommen, da der § 247 des zweiten Entwurfes gestrichen und daß zur Charakterisierung des materiell-rechtlichen Standpunkts nötige Wörtchen „nur“ in das Gesetz nicht aufgenommen worden ist. Nach alledem spreche die geschichtliche Entwicklung des § 252 für die Theorie der Beweiserleichterung.

c) Eigene Auffassung.

Diese Gründe, die im weiteren noch näher zu erläutern sind,

---

[14]) 4. Aufl. 1914 S. 96 f.
[15]) Bd. II S. 18.
[16]) Alter Fassung.
[17]) vgl. den § 247 des zweiten Entwurfs.

sind u. a. für den Verfasser bestimmend gewesen, sich der Theorie von der Beweiserleichterung — wie sie kurz genannt sein soll — anzuschließen. Die Entstehungsgeschichte des § 252 spricht für diese Auslegung. Die erste Kommission, die eingesetzt war zur Schaffung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches hat — wie oben erwähnt — auf dem Standpunkt gestanden, daß dem Ersatzberechtigten der Nachweis des Entgehens von Gewinn erleichtert werden muß. Die Motive [18]) legen davon Zeugnis ab. Wenn auch den Motiven eine ausschlaggebende Bedeutung nicht beigemessen werden kann, da sie bekanntlich nur eine nichtamtliche, erst nach Fertigstellung des Entwurfes herausgegebene Niederschrift des Ganges der Kommissionsverhandlungen sind, so ist es doch durchaus glaubhaft, daß die Kommission von diesem Standpunkt aus gearbeitet hat. Sie hat ausgehen müssen von dem, was sich im Laufe der Jahrhunderte geschichtlich entwickelt hatte. Es wurde bis dahin geurteilt nach Gemeinem Recht, das seinerseits aus dem im ersten Abschnitt der Arbeit erläuterten römischen Recht entstanden war. Das heute geltende Recht ist die logische Weiterentwicklung der römisch-rechtlichen Grundsätze über den Ersatz des entgangenen Gewinns. Die zweite Kommission hat diesen Standpunkt ihrer Vorgängerin m. E. nicht verlassen. Ihr lagen zwei Vorschläge vor, darunter auch die Fassung, in der es heißt: „Als entgangen ist n u r derjenige Gewinn anzusehen..." Hätte die Kommission auf dem Standpunkt gestanden, daß in § 252 die Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn eingeschränkt werden müßte, so hätte sie die letzterwähnte Fassung angenommen und dem Bundesrat zur Beschlußfassung vorgelegt. Daraus, daß die Kommission das jedoch nicht tat, sondern beide Vorschläge als — ihrer Ansicht nach — inhaltlich und sachlich gleichlautend der Redaktionskommission überwies, ist zu schließen, daß auch die zweite Kommission auf dem hier vertretenen Standpunkt stand. Planck und dessen Anhänger stützte seine Ansicht in den beiden ersten Auflagen seines Kommentars auch auf den im zweiten Entwurf zum BGB. enthaltenen, aber vom Bundesrat fortgelassenen § 247. Dadurch, daß diese Bestimmung nicht Gesetz geworden ist, ist sie nicht geeignet, unsere Ansicht zu widerlegen. Beide gesetzgebenden Körperschaften [19]) stellten sich auf diesen Standpunkt und haben dadurch die Ersatzpflicht für positiven Schaden und entgangenen Gewinn gleichbehandelt wissen wollen. Also auch die Gedanken und der Wille der gesetzgebenden Körperschaften steht der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen [20]), sie wird im Gegenteil durch geschichtliche Entwicklung und die Entstehungsgeschichte

---

[18]) a. a. O. Bd. II S. 18.

[19]) Bis 1918 Bundesrat und Reichstag.

[20]) Im Ergebnis ähnlich Planck a. a. O. 4. Aufl. zu §252 S. 97 f.

des § 252 gestützt. Oertmann [21]) weist mit vollem Recht darauf hin, daß auch der Wortlaut des Gesetzes für unsere Auslegung spricht und führt aus, daß die Worte „als entgangen gilt . . .“ auf die Fälle hinweisen, in denen das Entgangensein von Gewinn sich mit absoluter Sicherheit nicht nachweisen läßt — das wird in der Praxis eine große Anzahl aller Fälle sein. Hier hilft die Vermutung. Es braucht nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden, daß ein Gewinn und welcher Gewinn entgangen ist, sondern es genügt die Wahrscheinlichkeit, daß ein Gewinn gemacht werden konnte. „Die Tendenz des Gesetzes enthält somit eher eine Begünstigung als eine Erschwerung des Ersatzberechtigten“ [22]).

Auf den gleichen Standpunkt hat sich auch Hans Albrecht Fischer gestellt. Er führt aus [23]), daß die Bestimmung des § 252 Satz 2 dem Richter „für die Abschätzung und Berücksichtigung des entgangenen Gewinns eine Direktive geben“ soll und beschränkt seine Worte auf die Fälle, in denen der strikte Beweis für das Entgangensein von Gewinn nicht geführt werden konnte. Das ist zweifellos richtig, denn dort, wo ein direkter Beweis geführt werden kann — es werden nur wenig Fälle sein — braucht eine Vermutung dem Richter oder dem Ersatzberechtigten nicht seine Aufgabe zu erleichtern. Trotzdem wird aber auch in diesen Fällen die Vermutung nicht ganz ausgeschaltet werden können; es tritt dann nur ein Mehr — der direkte Beweis — an ihre Stelle. Es sind Fälle denkbar, in denen dem gewöhnlichen Verlauf des Lebens oder den getroffenen Anstalten entsprechend ein Gewinn mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden, aber demgegenüber der Ersatzpflichtige beweisen konnte, daß trotzdem dieser Gewinn wegen irgend welcher später eintretender Umstände doch nicht gemacht worden wäre. In diesen Fällen findet naturgemäß ein Ersatz nicht statt. Ueber diese Frage ist man sich in Theorie und Praxis einig [24]). Für Fischer ist für seine Stellungnahme allein die geschichtliche Entwicklung maßgebend gewesen; er verwertet die für das römische und Gemeine Recht gefundenen Grundsätze.

Traeger [25]) stützt seine Ansicht auf die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut des § 252 und sagt, daß die abgelehnte materiell=rechtliche Auffassung des zweiten Satzes des § 252 eine nicht zu rechtfertigende Einschränkung der Haftung darstelle und „gleich wenig vertrüge sie sich mit der Forderung der Billigkeit und Gerechtigkeit.“ Auf dem gleichen Standpunkt steht mit ganz

---

[21]) a. a. O. zu § 252 S. 49.
[22]) Oertmann a. a. O. S. 49.
Aehnlich auch Endemann a. a. O. S. 724
Dernburg Bd. II 1 § 29 II und III.
[23]) a. a. O. S. 69.
[24]) Enneccerus a. a. O. S. 49 Anm. 22.
[25]) a. a. O. S. 254.

ausführlicher Begründung, die der hier dargelegten ähnlich ist, Enneccerus schon seit der ersten Auflage seines Lehrbuches[26]). Er ist wohl der erste Vertreter dieser Auffassung und damit als deren Begründer anzusehen. Ihm haben sich die größte Zahl der Schriftsteller angeschlossen, so daß diese Ansicht heute als die herrschende Meinung zu betrachten ist[27]).

Eine nicht ganz klare Stellung hat Staudinger[28]) zu unserer Frage eingenommen. In der ersten Auflage seines Kommentars hat er den Standpunkt der Beweiserleichterung vertreten, sich jedoch in den späteren Auflagen zu der gegenteiligen Ansicht gekehrt. Er faßt seine Ansicht über die Bedeutung des 2. Satzes von § 252 darin zusammen, daß er den von Planck in der ersten und zweiten Auflage seines Kommentars vertretenen, dann aber verlassenen Standpunkt übernimmt und sagt: „Daß das Entgehen eines Gewinns, auch wenn feststeht, daß er wirklich entgangen ist, nur dann berücksichtigt werden soll, wenn er in dem Zeitpunkte, in welchem der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand eintrat, nach den bezeichneten Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte." Dieser hier erwähnte Zeitpunkt für die Berechnung des Schadens wird uns weiter unten beschäftigen[29]). Staudinger kommt dann aber zu dem Schluß, daß der 2. Satz des § 252 eine gesetzliche Definition des Begriffes „entgangener Gewinn" enthalte. Sollte diese Ansicht richtig sein, dann würde der Satz 2 nur erklären, was unter dem im 1. Satz enthaltenen Begriff zu verstehen ist. Als Begründung für seine Ansicht führt Staudinger den Wortlaut des Gesetzes an. Er sagt, das Wort „als entgangen gilt usw." rechtfertigte einen solchen Schluß, da das BGB. sich sonst anders ausgedrückt hätte. Würde der Satz 2 des § 252 eine Vermutung aufstellen, dann ließe das BGB. die Worte „im Zweifel" nie fort, wie die §§ 162, 333, 2076, 336 beweisen. Diese Gründe sind jedoch nicht stichhaltig. Denn sicherlich ist bei der Fassung der Bestimmungen des BGB. nicht stets ein ganz einheitlicher Maßstab angelegt. Aber selbst wenn diese Ausführungen richtig wären, könnten sie die hier vertretene Ansicht m. E. nicht entkräften, denn schwerer wiegende Gründe würden ihnen entgegenstehen, wie die bisherigen und die noch folgenden Ausführungen beweisen.

Auch die obersten Gerichte (Reichsgericht und Oberlandesgerichte) haben sich des öfteren mit der uns hier augenblicklich interessierenden Streitfrage beschäftigen müssen. Zunächst liegt eine Entscheidung des OLG. Hamburg vor[30]), in der sich das Gericht in ganz einwandfreier und klarer Begründung auf den

[26]) a. a. O. 9.— 11. Aufl. S. 35 ff.

[27]) Uebereinstimmend auch Fischer—Henle a. a. O. S. 198 und Neumann a. a. O. S. 247.

[28]) a. a. O. S. 72 f.

[29]) c. f. unten III

[30]) OLG. Entsch. Bd. 4 S. 214.

hier vertretenen Standpunkt gestellt hat. Nach ihr läßt der Wortlaut des § 252 nur diese Auslegung als einzig mögliche zu. Denn so heißt es in der Entscheidung, hätte der Sinn des Gesetzes eine Einschränkung des Begriffes „entgangener Gewinn" sein sollen, so wäre es für die gesetzgebenden Körperschaften ein leichtes gewesen, dieses durch Einfügung des Wörtchens „nur" oder eines ähnlichen, klar hervorzuheben. Bei der bestehenden Fassung des § 252 liegt kein Anlaß zu einer derartig engen und m.E. falschen Auslegung vor. Auch das Reichsgericht hat sich des öfteren auf den hier dargelegten Standpunkt gestellt. Mit eingehender Begründung, die in der Hauptsache auch auf der Entwicklungsgeschichte des § 252 beruht, hat das Reichsgericht in einer Entscheidung, die abgedruckt ist in Seufferts Archiv Bd. 63 Nr. 150 S. 261 ff., seinen Standpunkt dargelegt [31]). Die Entscheidung ist offenbar entstanden im Anschluß an die Ausführungen von Enneccerus. Das Reichsgericht hat seinen Standpunkt bis heute nicht geändert [32]). Merkwürdigerweise nimmt der Kommentar von Reichsgerichtsräten [33]) in unserer Frage einen von den angeführten Entscheidungen abweichenden Standpunkt ein und vertritt den Standpunkt der materiell-rechtlichen Auffassung, hält also den § 252 Satz 2 für eine Einschränkung der Schadensersatzpflicht für entgangenen Gewinn. Eine einleuchtende Begründung läßt sich dort nicht finden; es ist lediglich gesagt: „Der Wortlaut des Gesetzes läßt von einer Beweisregel nichts erkennen, da nicht auf einen, dem Gericht zu führenden Wahrscheinlichkeitsbeweis, sondern auf eine durch Wahrscheinlichkeit begründete, in der Vergangenheit liegende Erwartungslage abgestellt ist". Auch die Entstehungsgeschichte ist als Begründung angeführt und das Wörtchen „nur" ergänzt. Zu einer solchen, m.E. ganz willkürlichen Ergänzung liegt nicht der geringste Grund vor. Allein durch das bisher Gesagte ist der Standpunkt des Reichsgerichtsrätekommentars als widerlegt anzusehen. Die angeführten Gründe sind nicht stichhaltig und eine derartige Auslegung der Entstehungsgeschichte auf Grund der obigen Begründung m.E. direkt falsch. Mit dem Gesagten ist auch die Ansicht von Crome und Cosack [34]) widerlegt.

Als Auslegungsmittel für die umstrittene Rechtsnatur des § 252 Satz 2 haben wir bisher die geschichtliche Entwicklung sowie den Wortlaut und den Sinn des Gesetzes betrachtet und gefunden, daß sie alle den Standpunkt der Theorie v. der Beweiserleichterung unterstützen. Ein ausschlaggebender Grund dafür, daß sich Verfasser dieser Theorie angeschlossen hat, ist in der Lite-

[31]) vgl. auch Gruchot Bd. 52 S. 945 ff. und die weitere Behandlung der Entscheidung unten unter III.

[32]) vgl. auch JW. 1907 S. 829.

[33]) a. a. O. S. 408.

[34]) vgl. oben unter a).

ratur bisher kaum erwähnt und das ist die Stellung des § 252 im Bürgerlichen Gesetzbuch. Fischer [35]), stellt lediglich einmal fest, daß der Geschädigte sich nicht mit dem Ersatz des Gewinns zu begnügen brauche, den er dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entsprechend erzielt haben würde; er könne vielmehr, wenn „die besonderen Umstände, insbesondere die getroffenen Anstalten und Vorkehrungen" einen weiteren Gewinn rechtfertigen, auch diesen ersetzt verlangen. Fischer fährt dann fort: „Dieser Satz würde, falls er sich nicht aus dem Wortlaut des § 252 BGB. herleiten ließe, schon aus den allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechtes folgen." Dieser Satz führte zu dem Gedanken, die Stellung des § 252 etwas näher zu untersuchen. § 252 regelt im Rahmen des großen Rechtsgebietes über Schadensersatz, den Ersatz des entgangenen Gewinns. Der oberste Grundsatz des gesamten Schadensersatzrechtes ist bekanntlich der, daß der Zustand hergestellt werden soll, der bestehen würde, „wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre" [36]) Es muß demgemäß jeder Schaden ersetzt werden, der durch das schädigende Ereignis eingetreten ist. Ob das nun positiver Schaden oder entgangener Gewinn ist, macht nach der Fassung dieses obersten Prinzips keinen Unterschied. Eine Einschränkung der Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn würde diesem Grundsatz direkt widersprechen und könnte geltendes Recht nur dann sein, wenn eine soche Einschränkung ausdrücklich vom Gesetz gefordert wäre; sie läßt sich m.E. jedoch nicht durch entsprechende Auslegung des § 252 einfach konstruieren. Es würde dies eine Uebertreibung der Auslegung von Gesetzen sein. Dies ist für den Verfasser der ausschlaggebende Grund, um für die Theorie der Beweiserleichterung, wie sie kurz genannt wird, einzutreten.

Aus den angeführten Gründen muß also der Fassung des § 252 BGB. entsprechend jeder entgangene Gewinn ersetzt werden, wenn die in den späteren Abschnitten der Arbeit zu erläuternden Voraussetzungen — besonders Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und dem Entgehen von Gewinn — vorliegen. Satz 2 des § 252 soll dem Ersatzberechtigten den Nachweis des Entgehens von Gewinn erleichtern, da ein strikter Beweis wegen des Arbeitens mit in Wahrheit nicht eingetretenen Tatsachen oft nicht möglich ist. Es ist das auch die den Anforderungen des Lebens entsprechende Regelung, denn es ist anzunehmen, daß jeder vernünftige Mensch einen Gewinn, den er auf Grund des gewöhnlichen Laufes der Dinge oder auf Grund der getroffenen Anstalten und Vorkehrungen hätte machen können, auch in Wahrheit erzielt hätte. Es steht ja trotz dieser Vermutung dem Ersatzpflichtigen jederzeit frei, den Gegenbeweis zu führen und Gründe darzutun, aus denen dem Berechtigten die bestehenden Gewinnaussichten zerstört worden wären. Für

---

[35]) a. a. O. S. 61.

[36]) § 249 BGB.

unsere Auslegung der hier behandelten Streitfrage führt Enneccerus [37]) ein weiteres Argument an und zwar die Billigkeit. Mit Recht sagt er, daß die Ansprüche mancher Rechtssuchender verkürzt werden würden, wenn sich die Theorie von der Einschränkung der Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn — die materiell-rechtliche Auffassung — in der Praxis durchsetzen würde. Enneccerus führt folgendes Beispiel an: Ich habe bei dem X. Bergwerksaktien hinterlegt; X. unterschlägt diese und verkauft sie. Nach einiger Zeit werden von der Gesellschaft junge Aktien herausgegeben, die von den alten Aktionären zu besonders niedrigen Preisen zu erstehen sind. Mir geht, da ich die alten Aktien nicht mehr habe, dieses Recht verloren. Die jungen Aktien steigen bald hoch im Kurs. Vom Standpunkt unserer Theorie aus muß mir X. den hierdurch entgangenen Gewinn ersetzen. Nach der materiell-rechtlichen Auffassung wäre dies nicht der Fall, da ein derartiger Gewinn — Ausgabe junger Aktien und deren Steigen im Kurs — nach dem gewöhnlichen Laufe des Lebens oder den vom Ersatzberechtigten getroffenen Anstalten nicht mit genügender Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Daß ein derartiges Ergebnis unbillig ist und den Anforderungen des Lebens nicht entspricht, liegt auf der Hand.

Nachdem nun alle Auslegungsmittel erschöpft sind und alle die hier vertretene Auffassung bekräften, kann m.E. nur die Ansicht richtig sein, nach der der Satz 2 des § 252 BGB. für den Ersatzberechtigten eine Erleichterung des Nachweises von entgangenem Gewinn enthält. Es ist also hierzu keine Bestimmtheit nötig, andrerseits genügt jedoch nicht eine ganz unbestimmte Hoffnung. Das richtige ist hier — wie so oft im Leben — der Mittelweg: es genügt ein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit zum Nachweis des Verlustes von Gewinn [38]). Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch Stöhr [39]), jedoch sieht man aus dem bisher Angeführten, daß durch die definitive Fassung des § 252 nicht — wie dieser sagt — „jeder mögliche Zweifel" an der Rechtsnatur des 2. Satzes dieser Bestimmung beseitigt worden ist.

d) Weitere Auslegung des § 252 Satz 2.

Aus dem Wortlaut des Satz 2 des § 252 BGB. haben sich einige Streitfragen entwikelt, die in den folgenden Abschnitten der Arbeit erörtert werden sollen. Zunächst wirft sich die Frage auf: Muß der Ersatzverlangende bei dem Verlust von Gewinn bereits ein gesetzliches bezw. vertragliches Recht auf Erzielung dieses Gewinns gehabt haben oder genügt es, daß der Gewinnentgang rein tatsächlicher Natur ist? Gegen den Ersatz von entgangenem Gewinn rein tatsächlicher Natur hat sich Oertmann

[37]) a. a. O. 9.— 11. Aufl. S. 37.
[38]) Aehnlich auch RG. in Seuff. Arch. Bd. 62 Nr. 103 S. 177, und RG. 68 S. 165.
[39]) a. a. O. S. 42.

in seiner „Vorteilsausgleichung“ [40]) ausgesprochen. Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß er diese Ansicht aufrecht erhalten will, denn in seinem Kommentar [41]) sagt er selbst, daß der von ihm aufgestellte Satz zweifelhaft sei und fährt dann fort: „Ist der entgangene Vorteil ökonomisch meßbar, so dürfte auch seine Wertung beim Schadensersatzanspruch naheliegen.“ Das ist auch richtig. Oekonomisch meßbar wird der Schaden bezw. der entgangene Gewinn in fast allen Fällen sein. Der Richter hat die Höhe des Schadens gemäß § 287 ZPO. nach freier richterlicher Ueberzeugung festzusetzen. Wo sich ein meßbarer Schaden überhaupt nicht feststellen läßt, kann auch kein Ersatz erfolgen. Die bei weitem größte Anzahl sämtlicher Schriftsteller [42]) steht auf dem Standpunkt, daß der Schadensersatzverlangende einen rechtlichen Anspruch auf Erzielung des Gewinns nicht gehabt zu haben braucht; es genügt vielmehr, wenn ein Gewinn rein tatsächlicher Natur entgangen ist. Diese Ansicht ist m.E. die richtige, denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die geschilderte, im übrigen durchaus unbillige Einschränkung gemacht werden soll. Das Gesetz bietet hierzu nicht die geringste Handhabe. Oertmann beruft sich in seiner „Vorteilsausgleichung“ [43]) auf das römische Recht und zwar auf die oben schon behandelte l. 26 D. 39,2 [44]). Ein Grundstück verliert an Wert, weil der Nachbar zu dicht heranbaut. Hier findet ein Ersatz des Schadens nicht statt, da der Betreffende kein Recht hat, dem Nachbar das Bauen zu verbieten. Er handelt in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes. Auch nach heute geltendem Recht kann in diesem Fall kein Schadensersatz erfolgen, wenn nicht nachzuweisen ist, daß die Rechtsausübung „nur den Zweck haben kann, dem anderen Schaden zuzufügen“, wie § 226 sagt. Bis hierher ist Oertmann zuzustimmen; daß aber auch in den Fällen, wo dem Schadenstiftenden ein Recht nicht zur Seite steht, Gewinnaussichten rein tatsächlicher Natur vereitelt werden dürfen, insoweit kann Oertmans „Vorteilsausgleichung“ nicht zugestimmt werden. Wie gesagt, scheint Oertmann diesen Standpunkt auch verlassen zu haben. Der Kommentar, in dem er die Ersatzplicht anerkennt, ist jüngeren Datums (1910) als die „Vorteilausgleichung“ (1901). Die hier vertretene Ansicht, daß auch Gewinnentgang rein tatsächlicher Natur ersetzt werden muß, ist heute unbedingt als herrschende Meinung anzusprechen und auch ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts [45]).

[40]) a. a. O. S. 203.

[41]) a. a. O. S. 50 zu § 252 Abs. 4.

[42]) vgl. auch RG. in Warn. Jahrb. f. Entsch. 10. Jahrg. 1917 Nr. 9.

[43]) a. a. O. S. 203.

[44]) cf. oben Teil 1, 2, 1. Beispiel.

[45]) Fischer a. a. O. S. 62 ff.; Oertmann, Komm. S. 50; RGR. Komm. zu § 252 S. 409; RG. St. 41, 375; Warn. 1917 Nr. 9; JW. 1902 Beil. Nr. 237 S. 284 u. a. m.

Ganz unbestritten [46]) ist heute auch die Feststellung, daß ein Gewinn, der auf unsittliche [47]) oder unrechtmäßige Weise hätte gezogen werden können — mögen auch alle anderen zur Erzielung erforderlichen Voraussetzungen vorliegen — nicht ersetzt zu werden braucht. Der Ersatz eines solchen Gewinns würde gegen den Sinn und den Charakter des BGB. verstoßen.

Zur Klarlegung dessen, was in § 252 gesagt ist, kehrt in der Literatur stets ein Beispiel wieder und zwar folgendes: Ich habe seit langer Zeit ein bestimmtes Los gespielt. In der bald stattfindenden Ziehung möchte ich dasselbe Los, das bei dem Lotteriebeamten noch zu haben ist, wieder spielen. Ich schicke den A. hin, um mir das Los zu holen. A. unterschlägt das Geld und läßt mich in dem Glauben, er habe das Los für mich gekauft. Ich erfahre dann, daß gerade dieses Los einen Gewinn gemacht hat. Trotz der Unwahrscheinlichkeit, einen Gewinn zu erzielen, muß mir A. den mir durch seine Handlungsweise entgangenen Gewinn ersetzen, da nachgewiesen ist, daß ich den Gewinn ohne die Unterschlagung des A. den getroffenen Anstalten entsprechend erzielt haben würde. Dieses Beispiel führt uns zu einem anderen Erfordernis, das gegeben sein muß, wenn ein entgangener Gewinn ersetzt werden soll und das ist das Vorliegen von Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und dem Entgehen von Gewinn.

II. Kausalzusammenhang.

Es ergibt sich, daß ein Mensch nur dafür haftbar gemacht werden kann, wofür er die Ursache gewesen ist. Dieser Grundsatz gilt naturgemäß auch beim Ersatz des entgangenen Gewinns. Traeger [1]) führt aus, daß man von einem „Verursachen" hier im streng juristischen Sinne nicht sprechen könne, denn verursacht würde ein „Nichts". Das ist m.E. nicht ganz richtig, denn wenn infolge einer bestimmten Tatsache ein Gewinn entgeht, dann ist damit festgestellt, daß der Gewinn ohne das schädigende Ereignis gemacht worden wäre. Es wird demgemäß nicht ein „Nichts" verursacht, sondern eine Vermögenslage, die der rechtmäßig bestehenden nicht entspricht. Verursacht wird eine ungesetzmäßige Rechtslage und das ist doch gewiß kein „Nichts". Trotzdem aber spitzt sich die Frage nach dem Kausalzusammenhang beim entgangenen Gewinn auf die Frage zu: Würde der Ersatzberechtigte den fraglichen Gewinn ohne das schädigende Ereignis gemacht haben?

---

[46]) Schollmeyeer S. 36; Staudinger S. 75; RG. 105, 295; 90, 64 und 306; 91, 50; JW. 1902 Beil. 283 Nr. 237; Motive Bd. II S. 18; Fischer Henle S. 197.

[47]) RG. in Seuff. Arch. Bd. 46 Nr. 179 (Gewinn aus Bordellbetrieb).

[1]) a. a. O. S. 253.

Haftbar für einen entstandenen Schaden kann nur der gemacht werden, der eine wirkliche Ursache dazu gesetzt hat und nicht lediglich eine Bedingung. Es ist dies der Unterschied zwischen den juristischen und den rein philosophischen Theorien vom Kausalzusammenhang. Nach der monistischen Auffassung von der Einheit des Weltganzen wird alles mit allem verknüpfbar gemacht und es müßte jeder, der irgend eine Bedingung zu einem schädigenden Erfolg gesetzt hat, für alle ihre Folgen, auch wenn sie ganz entfernt liegen, haften müssen. Es ist klar ersichtlich, daß eine solche Theorie in der Rechtswissenschaft nicht verwertbar ist. Auch die Theorie von der conditio sine qua non würde zu praktisch unhaltbaren Resultaten führen. Es würde zu weit führen, im Rahmen dieser Arbeit auf die Wertung sämtlicher bestehenden Kausalitätstheorien einzugehen und es mag deshalb genügen, daß festgestellt wird: die im Zivilrecht heute ganz allgemein geltende Kausalitätstherorie ist die der adäquaten Verursachung [2]).

„Ursache" im oben erläuterten Sinn ist demnach jede Bedingung, die geeignet ist, den Eintritt des Schadens zu ermöglichen; sie muß jedoch nach der Lebenserfahrung im allgemeinen und nicht nur nach den besonders gearteten Umständen des Einzelfalles geeignet gewesen sein, gerade den betreffenden gesetzwidrigen Erfolg herbeizuführen. Diese Theorie der adäquaten Verursachung ist im Zivilrecht heute unbedingt herrschend. Sie ist, auch wenn sie im Gesetz niemals Ausdruck gefunden hat, als geltendes Recht anzusprechen.

Für uns wirft sich nun die Frage auf, ob diese Theorie für den Ersatz von entgangenem Gewinn uneingeschränkt zur Geltung kommen kann oder ob infolge des Satz 2 von § 252 ein anderes Erfordernis für den Kausalzusammenhang aufzustellen ist.

Rümelin [3]) führt aus, daß bei Untersuchung des Kausalzusammenhangs hier eine andere Betrachtungsweise Platz zu greifen hätte, als in den gewöhnlichen Fällen d. Schadensersatzes. Er steht auf dem Standpunkt, daß der Satz 2 des § 252 eine Einschränkung der Ersatzpflicht für den entgangenen Gewinn enthalte und kommt folgerichtig zu dem Schluß, daß für den entgangenen Gewinn die Vorschrift des Satz 2 § 252 als lex specialis [4]) die Frage nach dem Kausalzusammenhang regelt. Er muß, ausgehend von der prinzipiellen Auffassung des Satz 2 zu diesem Ergebnis kommen, denn die allgemeinen Regeln werden nach der Ansicht Rümelins eingeschränkt und Satz 2 enthält ein Weniger gegenüber der Theorie von der adäquaten Verursachung. Da hier jedoch der prinzipielle Standpunkt Rümelins abgelehnt wurde, ist auch die daraus entstehende Folgerung abgetan. Aehnlich wie Rümelin folgert auch Crome [5]). Der Stand-

---

[2]) vgl. RG. 72, 327 und RG. 81, 361.
[3]) a. a. O. S. 252.
[4]) vgl. RGR. Komm. zu § 252 S. 409.
[5]) a. a. O. Bd. I § 108 S. 478.

punkt, den diese beiden Schriftsteller eingenommen haben, ist m. E. nicht haltbar. Da in dieser Arbeit der Standpunkt vertreten wurde, daß jeder entgangene Gewinn der nachweisbar ist, auch ersetzt werden muß, und Satz 2 des § 252 diesen Nachweis erleichtern will, so muß logischerweise die Frage nach dem Kausalzusammenhang bei dem Entgehen von Gewinn genau so beantwortet werden, wie bei dem übrigen Schadensersatzrecht. Dieser Standpunkt wird denn auch von allen Schriftstellern vertreten, die die hier eingenommene Auffassung von der Rechtsnatur des § 252 Satz 2 für richtig halten[6]). Es ist demnach bezüglich der Kausalität bei positivem Schaden und entgangenem Gewinn kein Unterschied zu machen. Die Behauptung des Ersatzberechtigten, ihm sei ein Gewinn entgangen, enthält im Grunde zwei Behauptungen und zwar erstens, daß der Gewinn von ihm gemacht werden konnte und zweitens, daß dieser zu erzielende Gewinn von ihm auch gemacht worden wäre.[7]) Der Nachweis der zweiten Behauptung wird oft recht schwierig sein, besonders in den Fällen, wo zur Erlangung des Gewinns eine Handlung des Geschädigten nötig war. Hier hilft die weiter oben schon erörterte Vermutung, daß jeder vernünftige Mensch die Gelegenheiten zur Erzielung von Gewinn, die für ihn im Bereich der Möglichkeit lag, auch ausnutzen wird. Die Frage nach der Kausalität spitzt sich beim entgangenen Gewinn auf die Frage zu: Würde der Geschädigte den Gewinn, den er machen konnte, ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses auch gemacht haben? Staudinger [8]) geht soweit zu sagen, daß die Theorie der adäquaten Verursachung in § 252 Satz 2 ihren gesetzlichen Niederschlag „wenn auch dem Gesetzgeber vielleicht unbewußt", gefunden habe. Ich möchte den Satz in diesem Ausmaße nicht für richtig halten. Dadurch, daß diese Bestimmung nur eine Erleichterung des Nachweises von entgangenem Gewinn enthält, ist allerdings die Theorie der adäquaten Verursachung auch für die Ersatzpflicht maßgebend. Daß jedoch dieser Satz die gesetzliche Fassung der genannten Theorie enthält, ist m. E. nicht richtig, zum mindesten nicht beabsichtigt gewesen. Der Hinweis auf den „gewöhnlichen Lauf der Dinge" deutet zwar auf eine Verwandtschaft mit der adäquaten Kausaltheorie hin[9]), diese wird aber sofort wieder aufgehoben, durch die Worte „nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen", denn hier ist die Frage auf einen subjektiven Standpunkt abgestellt, während bei der Kausalfrage nur objektive Gesichtspunkte maßgebend sind[10]). Auch Planck[11]) vertritt den Standpunkt, daß „die Grundsätze des Kausalzu-

[6]) vgl. auch Enneccerus 9.—11. Aufl. S. 36.
[7]) ebenso Traeger a. a. O. S. 256.
[8]) a. a. O. S. 71.
[9]) so auch Fromherz a. a. O. S. 90.
[10]) RG. in Gruch. Bd. 52 S. 946.
[11]) a. a. O. zu § 252 S. 98.

sammenhangs auch in der Anwendung auf entgangenen Gewinn nicht berührt" werden. Auch er verkennt nicht eine gewisse Verwandtschaft zwischen der Fassung des § 252 Satz 2 und der Theorie vom adäquaten Kausalzusammenhang; jedoch sagt er mit Recht, daß beides nicht dasselbe sei, denn es sei nicht notwendig der Fall, daß stets, wenn die Voraussetzungen des Satz 2 vorlägen, auch Kausalzusammenhang zwischen schädigender Handlung und dem Entgehen von Gewinn gegeben ist. Beides ist scharf von einander zu trennen und jeder Punkt für sich besonders zu prüfen. Auf Grund der obigen Ausführungen muß also festgestellt werden, daß die Grundsätze über den Kausalzusammenhang bei dem Ersatz von entgangenem Gewinn nicht durchbrochen werden, sondern auf Grund der Theorie von der adäquaten Verursachung zu prüfen sind.

III. Zeitpunkt der Schadensberechnung.

Eine eng mit der Kausalität zusammenhängende Streitfrage hat sich daraus ergeben, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im § 252 keine Anweisung dafür gegeben hat, welcher Zeitpunkt der Schadensberechnung zu Grunde zu legen ist. Dieser Punkt ist nicht weniger bestritten, als die eben erörterte Frage der Kausalität. Wenn das Gesetz im § 252 Satz 2 sagt, daß derjenige Gewinn ersetzt werden soll, der „. . .erwartet werden konnte", so beziehen sich diese Worte naturgemäß nicht auf den Ersatzverpflichteten. Dieser kann von Gewinnhoffnungen eines anderen nichts wissen. Nicht zu verwechseln ist der Satz mit der Frage, ob der Schädiger den Schaden bei Vornahme seiner Handlung voraussehen konnte. Es ist unbestrittenes Recht [1], daß auch beim Ersatz von entgangenem Gewinn, genau wie im übrigen Schadensersatzrecht, eine solche Voraussehbarkeit des Schadens durch den Ersatzverpflichteten nicht gefordert werden kann. Er ist zum Ersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft das Recht eines anderen verletzt. Die Haftung des Schädigers wird durch die natürlichen Grenzen der Kausalität beschränkt. Sehr bestritten ist jedoch die Frage, in welchem Zeitpunkt der Gewinn mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein mußte. Auch diese Frage hängt ganz eng mit der prinzipiellen Auffassung des Satz 2 des § 252 zusammen. Die Anhänger der materiell-rechtlichen Auffassung müssen für unsere Fragen folgerichtig den Zeitpunkt der schädigenden Handlung zu Grunde zu legen, da sie eine Beschränkung der Ersatzpflicht in der erwähnten Bestimmung erblicken und nur den Gewinn ersetzt wissen wollen, der in diesem Zeitpunkt mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte [2]. Auf der andren Seite stehen die Anhänger der in dieser Arbeit vertretenen Theorie, die den Zeitpunkt der Urteilsfällung als maßgebend für den Ersatz ansehen.

---

[1] Enneccerus 9.—11. Aufl. S. 35 und RG. 81, 361.

[2] Staudinger a. a. O. S. 72; Planck 1. und 2. Aufl. zu § 252; ähnlich auch Traeger S. 260 u. a. m.

Dieser Zeitpunkt ist der letzte, der einem Urteil überhaupt noch zu Grunde gelegt werden kann und es müssen nach dieser Ansicht alle Tatsachen (z. B. Kursschwankungen), die bis zu diesem Zeitpunkt eingetreten sind, für die Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn berücksichtigt werden[3]). Eine nähere Begründung für diese Ansicht zu geben, erscheint überflüssig; sie ergibt sich unmittelbar in der gekennzeichneten Weise aus der prinzipiellen Auffassung über den Satz 2 des § 252. M. E. erscheint es durchaus unbillig, den Geschädigten gerade auf das festzunageln, was im Moment der Schädigung übersehen werden konnte. Rümelin[4]) weißt mit Recht darauf hin, daß man oft im Leben die Tragweite einer Handlung erst überblicken kann, wenn eine geraume Spanne Zeit darüber vergangen ist. Wirtschaftliche Auswirkungen sind meist nicht sofort zu erkennen. Solange nicht der Wortlaut des Gesetzes eine derartige Einschränkung erfordert, müssen auch die Tatsachen, die später zu Tage treten, der Schadensberechnung zu Grunde gelegt werden. Selbverständlich ist, daß alle Umstände, die zur Zeit der schädigenden Handlung vorlagen — wenn auch noch nicht erkennbar — berücksichtigt werden müssen. Ebenso selbstverständlich ist auch, daß alle die nachträglich eingetretenen Umstände berücksichtigt werden müssen, die beweisen, daß ein Gewinn nicht gemacht worden wäre und dies auch dann, wenn der Gewinn noch so wahrscheinlich gewesen ist. Damit ist jedoch nichts gesagt über die Tatsachen, die später eingetreten sind, zur Zeit der schädigenden Handlung jedoch in keiner Weise erkennbar waren. Enneccerus läßt zu dieser Frage leider seine sonst so klaren Begründungen vermissen. Er spricht sich nur gegen jede Einschränkung der Schadensersatzpflicht für entgangenen Gewinn aus und begründet seinen Standpunkt lediglich mit einem Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes und die Billigkeit. Am leichtesten nachweisbar ist der entgangene Gewinn, wenn der Berechnung Kurs- oder Preisschwankungen zu Grunde gelegt werden können. Wenn ich Aktien kaufe, so rechne ich damit, durch sie einen Gewinn zu erzielen. Wenn mir die Aussicht auf diesen Gewinn zerstört wird, z. B. durch Vernichtung der Aktien, so hat mir der Schädiger den Verlust und wenn die Aktien inzwischen einen höheren Kurs haben, auch diesen zu ersetzen. Mit der Höhe der Kursschwankungen brauche ich nicht gerechnet und eine bestimmte Höhe des Gewinns auch nicht für wahrscheinlich gehalten zu haben. Es genügt, wie Rümelin[5]) sagt, „daß mit der Möglichkeit der Preisschwankungen als solcher von Haus aus gerechnet wird." Schon im Gemeinen Recht hat

[3]) vgl. Planck a. a. O. letzte Aufl. S. 98; Schollmeyer a. a. O. S. 39; Endemann S. 724 und die dort angeführten.

[4]) a. a. O. S. 253.

[5]) a. a. O. S. 255.

sich diese Ansicht durchgesetzt [6]) und wenn sich das Bürgerliche Gesetzbuch auf einen anderen Standpunkt hätte stellen wollen, so könnte es dies m. E. nicht tun, ohne das ausdrücklich hervorzuheben. Aus diesen Gründen folgt, daß dem Satz 2 des § 252 für die hier erörterte Frage eine maßgebende Bedeutung nicht beigemessen werden kann. Er will lediglich eine Beweiserleichterung für den Nachweis des entgangenen Gewinns geben und kann nicht so aufgefaßt werden, als ob er den Zeitpunkt des Eintritts der schädigenden Handlung für die Berechnung des entgangenen Gewinns zu Grunde legen will. Unbestreitbar ist m. E. die Feststellung, daß in den Fällen, in denen das Entgehen von Gewinn mit Sicherheit nachgewiesen werden kann, alle Umstände bei der Berechnung berücksichtigt werden müssen, die bis zu dem Zeitpunkt der Urteilsfällung erkennbar hervorgetreten sind. Dies entspricht den Grundsätzen über den Ersatz des positiven Schadens und beim Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns eine Ausnahme von dieser Regel zu machen, dafür liegt kein Grund vor [7]). Aber auch in allen Fällen, in denen der Nachweis von entgangenem Gewinn strikt zu führen ist, wo also die Beweiserleichterung des Satz 2 Platz greift, trifft die obige Feststellung noch zu. Bei der hier vertretenen und m. E. allein richtigen Auslegung des § 252 Satz 2 ist kein Grund für die Durchbrechung des geschilderten Prinzips zu ersehen [8]). Im Zusammenhang mit dem hier erörterten Streitpunkt ist die Frage aufgeworfen worden, ob Beamten, die durch eine unerlaubte Handlung verletzt und dienstunfähig geworden sind, der Gewinn ersetzt werden muß, der ihnen dadurch entgangen ist, daß sie nun nicht mehr in höhere Dienstklassen aufrücken können [9]). M. E. ist diese Frage zu bejahen und zwar gemäß dem hier eingenommenen Standpunkt auch in den Fällen, in denen eine Beförderung zunächst nicht mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Bei niederen Beamten erfolgt das Aufrücken nach Dienstjahren und zwar, ohne daß der einzelne etwas dazu tut. In diesen Fällen besteht meistens die Wahrscheinlichkeit von Gewinn nach „dem gewöhnlichen Laufe der Dinge". Oertmann [10])will jedoch die hier gegebene Entscheidung auf die Ersatzansprüche von unteren Beamten beschränken. Mit Staudinger [11]) ist eine Entscheidung in dieser Allgemeinheit als bedenklich anzusehen. Ein strikter Beweis ist nicht zu führen und so muß bei höheren Beamten die Beweisvermutung des Satz 2 von § 252 Platz greifen. Demnach ist es durchaus möglich, daß ein Gewinnentgang nachgewiesen wird und zwar

[6]) vgl. Dernburg Pandekten Bd. II § 45, 5 und 41, 2.

[7]) Gerade so im Ergebnis und ähnlich in der Begründung Traeger a. a. O. S. 254.

[8]) vgl. RG. in Gruch. Bd. 52 S. 945; Richtig auch Oertmann a. a. O. S. 49; Planck (letzt. Aufl.) S. 98.

[9]) vgl. den ähnlichen Fall in RG. 22, 90.

[10]) a. a. O. S. 50.

[11]) a. a. O. S. 75.

Beamten entsprechend, ein Aufrücken in der Dienststellung wahrscheinlich gemacht werden kann. Ganz ähnlich sind auch die Fälle zu behandeln, in denen Ersatz für entgangene Dienstalterszulagen, sowie für die Fälle verlangt wird, wo ein Aufrücken in höhere Altersklassen ohne Rangänderung stattfindet. In diesen Fällen sind auch die Schriftsteller offenbar einig [12]).

IV. Standpunkt für die Beurteilung dieser Fragen.

Den der Schadensberechnung zu Grunde zu legenden Zeitpunkt haben wir im vorigen Abschnitt in dem der Urteilsfällung festgestellt. Es erhebt sich nun die Frage, vom Standpunkt welcher Person aus diese ganze Beurteilung erfolgen soll. Die Worte des Gesetzes „erwartet werden konnte" scheinen darauf hinauszugehen, daß der Geschädigte die Gewinnerwartung gehabt haben müßte. Das ist jedoch nicht richtig. Es ist kein innerer Grund ersichtlich, die Frage gerade auf den subjektiven Standpunkt des Geschädigten abzustellen. So haben sich denn auch Wissenschaft und Praxis auf den einmütigen Standpunkt gestellt, daß es auf eine Voraussehbarkeit des Gewinns vom Standpunkt des Geschädigten nicht ankomme [1]). Daß der Standpunkt des Schädigers nicht maßgebend sein kann, ist aus dem § 252 Satz 2 klar ersichtlich. Mit Recht sagt Oertmann [2]), daß es sonderbar wäre, wenn man vom Schädiger Kenntnis von Umständen verlangen wollte, die in der Person eines anderen, des Geschädigten, liegen. Es ist heute unbestrittenes Recht und läßt sich wohl auch kaum bestreiten, daß maßgebend für die Berechnung oder Feststellung von Schaden nur ein objektiver Standpunkt sein kann. Maßgebend ist danach, daß ein objektiver Beobachter, dem rückschauend alle Tatumstände — alle Anstalten und Vorkehrungen bekannt sind, das Entgehen von Gewinn feststellt. Der Richter ist der im praktischen Leben dazu Berufene.

Mit dem in den bisherigen Abschnitten geschilderten sind die bestehenden Streitfragen aus dem Gebiet des § 252, insbesondere des zweiten Satzes, sämtlich behandelt und es würde hiermit der Abschluß der Arbeit gefunden sein. Es mag jedoch gestattet werden, daß in einem kurzen Abschnitt die Art der Schadensberechnung behandelt wird.

V. Art der Schadensberechnung.

Im heutigen Recht sind zwei Arten der Schadensberechnung bekannt. Sie kann gestützt werden einmal auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles oder auf den gewöhnlichen Lauf

---

[12]) Oertmann a. a. O. S. 50 und Staudinger a. a. O. S. 75.

[1]) Rümelin S. 253; Staudinger S. 72; Fischer S. 75; Oertmann S. 48; RG. 68, 165. RG in JW. 1907, 828.

[2]) a. a. O. zu § 252 Anm. 2a S. 48.

der Dinge [3]). Man unterscheidet dementsprechend eine konkrete und eine abstrakte Berechnung des Schadens. Die Letzere, die abstrakte Schadensberechnung, hat ihre Grundlage gefunden im zweiten Satz des § 252, nachdem sie schon früher im Handelsrecht auf Grund des Art. 357 Abs. 3 des alten H. G. B. zulässig gewesen ist. Das Hauptanwendungsgebiet liegt in den §§ 325, 326 BGB. [4]) in den Fällen, wo Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird. Es liegt in der Natur der Sache, daß die abstrakte Schadensberechnung nur dort Platz greifen kann, wo ein allgemeiner Maßstab für den Wert des Gehandelten und dann nicht gelieferten Gegenstandes gefunden werden kann, z. B. ein Börsen- oder Marktpreis. Der Tatbestand ist folgender: Ich habe im Handelsverkehr einen Gegenstand gegen Zahlung von 100 ℳ gekauft. Dieser wird mir zum vereinbarten Termin nicht geliefert. Da ich nachweisen kann, daß der allgemeine Verkäuflichkeitswert 120 ℳ gewesen ist, verlange ich die Differenz zwischen Selbstkosten (100 ℳ) und Verkäuflichkeitswert (120 ℳ) als entgangenen Gewinn ersetzt. Voraussetzung für diese zulässige Berechnung ist jedoch, daß die Absicht des Weiterverkaufs bei Abschluß des Vertrags erkennbar gewesen ist. Das ist der innere Grund dafür, daß diese Art der Berechnung nur im kaufmännischen Verkehr als zulässig erachtet wird. Es wird hierdurch die Vermutung — die naturgemäß durch einen Gegenbeweis jederzeit entkräftet werden kann — aufgestellt, daß jeder Gegenstand, der Objekt des Handelsverkehrs ist, im gegebenen Moment auch verkauft werden wird. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung [5]) die abstrakte Schadensberechnung für unzulässig erklärt, in der der Fiskus Ersatz für entgangenen, abstrakt berechneten Gewinn verlangt. Der Fiskus hat Waren zur Versorgung des Heeres angekauft, die dann nicht ordnungsgemäß abgeliefert worden sind. Mit Recht ist diese Entscheidung des RG. ergangen, denn beim Verkauf der Waren an den Fiskus konnte der Verkäufer an eine Weiterveräußerung nicht denken. Es entspricht nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, daß der Fiskus seine zur Versorgung des Heeres gekauften Waren weiterveräußert. Wird gemäß § 252 Ersatz für entgangenen Gewinn verlangt, so muß die Möglichkeit der Weiterveräußerung, also der Erzielung von Gewinn, dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entsprechen. Im bürgerlichen Leben wird eine derartige Berechnung in den meisten Fällen nicht Platz greifen können [6]), denn die Erzielung eines derartigen Gewinns wird den hier aufgestellten Anforderungen nicht genügen. Auch Fischer [7]) sagt, daß die abstrakte

[3]) Aehnlich Neumann zu § 252 S. 248.

[4]) vgl. RG. im „Recht" 1909 Nr. 3524.

[5]) RG. 99, 46; auch 105, 285. Vgl. RGR. Komm. S. 410.

[6]) Planck a. a. O. S. 98 ähnlich

[7]) a. a. O. S. 60.

Schadensberechnung hier erst durch „besondere Umstände" gerechtfertigt werden muß. Im Handelsverkehr jedoch ist sie zulässig und durchaus gewöhnlich.

C. Ergebnis.

Als Ergebnis dieser Arbeit mag noch einmal kurz festgestellt werden, daß der entgangene Gewinn im römischen Recht —in dem sich die ersten Quellen hierfür finden —, in der ganzen späteren Entwicklung und auch heute gemäß § 252 BGB. ersetzt werden muß. Stets ist jedoch jener Begriff problematisch gewesen und zwar wegen der Schwierigkeit des Arbeitens mit unsichtbaren Geschehnissen. Jede Zeit hat ihre besondere Regelung gefunden und der heute geltende § 252 dürfte bei der hier vertretenen Auffassung den Anforderungen des täglichen Lebens im vollem Maße entsprechen.

Lebenslauf.

Am 10. Juli 1903 wurde ich als Sohn des jetzigen Fabr.-Direktors Gustav Rüggeberg in Berlin geboren. Ich besuchte dort die Hansavorschule 1 Jahr und sodann bis zur Sexta die Höhere Privat-Knabenschule zu Hermsdorf bei Berlin. Meine weitere Schulbildung erhielt ich in Kassel am Realgymnasium, das ich Ostern 1923 mit dem Reifezeugnis verließ. Ich studierte sodann in Göttingen und Marburg 7 Semester Rechtswissenschaft und bestand am 25. Mai 1927 die erste juristische Staatsprüfung in Kassel. Ich wurde zum Referendar ernannt und legte am 19. Juni 1928 die mündliche Dr.-Prüfung ab.